Die rechtliche Stellung und Haftung der Miterben im Nachlaßkonkurs

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin-Luther-Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Günter Stasinowsky

aus Cottbus

Berichterstatter:

Prof. Dr. Gustav Boehmer

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV
LEIDEN

Gliederung.

Seite

Einleitung: Der Nachlaßkonkurs als Mittel zur Herbeiführung der beschränkten Erbenhaftung 1

Hauptteil:

I. Kapitel: Die Erbengemeinschaft 4

II. Kapitel: Die Miterben als Gemeinschuldner im Konkursverfahren 8

III. Kapitel: Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vor der Teilung des Nachlasses 14

§ 1 Der Nachlaß und die Nachlaßkonkursmasse 14

§ 2 Die Nachlaßgläubiger 23

§ 3 Die Nachlaßkonkursgläubiger 32

§ 4 Die Ausgestaltung der Haftung im Einzelnen 35

§ 5 Nachlaßkonkurs und Eigenkonkurs über das Vermögen des einzelnen Miterben 44

§ 6 Die Haftung nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses 47

IV. Kapitel: Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nach der Teilung des Nachlasses 49

Literatur-Verzeichnis.

Baumbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1930.

Binder: Bürgerliches Recht, Erbrecht in Kohlrausch-Kaskel-Spiethoff Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Nr. IX, 2. Aufl., 1930.

— Die Rechtsstellung der Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3 Teile, 1901.

Boehm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Hannover 1900.

Boehmer: Einführung in das Bürgerliche Recht, Leipzig, 1932.

— Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festg. d. jurist. Fakultäten z. 50jähr. Bestehen des RG, Berlin u. Leipzig 1929, 3. Bd., S. 216 ff.

— Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927.

Breska: Die Nachlaßverbindlichkeiten des Erben, Berlin 1913.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Cosack und Mitteis, Bd. II, 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 1912.

Denkschrift: Zur Konkursordnung.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Deutschen Reichs, 3. Bd., 4. Aufl., 1896.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Bd. — Deutsches Erbrecht, von Dernburg. 3. Aufl. bearb. von Engelmann, 1911.

Eccius: Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses, bei Gruch. 51, 564 ff, 52, 810 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl., 3. Bd., Berlin 1920.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1931.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2, Marburg 1922.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Marburg 1932.

Enneccerus-Kippwolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd. Erbrecht (Kipp), zit. Kipp Lehrb., Marburg 1930.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstrekkung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1914.

Fitting: Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, Berlin 1904.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Bd., Berlin 1926.

Frommhold: Kommentar zum BGB, herausg. v. Biermann usw., Das Erbrecht von Frommhold, 1899 u. 1900.

Gierke, Otto v.: Genossenschaftstheorie, Berlin 1887.
— Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1905.
Hachenburg: Das BGB für das Deutsche Reich, zit. Vorträge, 2. Aufl., 1900.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, 1886.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
Jaeger: Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht, Berlin 1898.
— Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Bd. II, Berlin 1914.
Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum u. der gesammten Hand nach dtsch. Reichsrecht in Ztschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 49 S. 140 ff u. Bd. 51 S. 47 ff.
Kinsberg: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Dissertation Leipzig 1912.
Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin u. Leipzig 1932.
— Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin 1912.
Kohler: Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1903.
Kretzschmar: Das Erbrecht des Deutschen BGB, Leipzig 1913.
Kress: Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903.
Leonhard: Kommentar zum BGB (Erbrecht), Komm. 1912.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.
Motive: Zur Konkursordnung.
Nagler: Die gesammte Hand im Gesellschaftsrechte, in Sächs. Archiv Bd. 10, S. 695 f.
Nölle: Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft. Dissertation, Heidelberg 1910.
Oetker: Konkursrechtliche Erörterungen, in ZHR 66, 193 ff.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1900.
Planck's Konmmentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Bd. Erbrecht, Berlin u. Leipzig 1930 (Planck-Strohal, Flad u. Ebbecke).

Protokolle.

Riesenfeld: Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., 1916.
Reichsgerichts-Räte-Kommentar, Berlin u. Leipzig 1929 (Komm. v. RGR).
Schroeder: Einfluß des Todes des Gemeinschuldners auf ein anhängiges Konkursverfahren, in ZZP 28, 1 ff.
Schwarz: Rechtssubjekt und Rechtszweck, in Arch. f. bürg. R. 32, 12 ff.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.
— Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1911 München.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, von Lothar von Seuffert, bearb. v. Walsmann, München 1932.
Sohm: Der Gegenstand, 1905.

Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 5. Bd. Erbrecht, bearb. v. Herzfelder, München, Berlin u. Leipzig 1926, zit. Staudinger-Herzfelder u. 9. neubearbeitete Aufl. 1928.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2 Bde., Berlin 1903.

Tuhr, v.: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910.

Wendt: Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 86 S. 355 ff.

Wilke: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar, herausg. v. Wilke, Reatz, Koffka u. Neumann, 5. Bd., 1900.

Wilmowski-Kurlbaum, v.: Deutsche Reichskonkursordnung, Berlin 1906.

Zahn: Über die Haftung aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses mit besonderer Berücksichtigung des Firmenrechts, Diss. Göttingen 1910.

Einleitung:

Der Nachlaßkonkurs als Mittel zur Herbeiführung der beschränkten Erbenhaftung.

Die im geltenden Recht getroffene Regelung der Erbenhaftung ist im Gegensatz zu den Systemen des römischen und des preußischen Rechts keine klare und übersichtliche, sondern eine sehr verwickelte [1]). Das tritt zunächst in der Vielheit der gesetzlich gegebenen Mittel zur Beschränkung der Haftung in Erscheinung [2]). Es wird aber besonders augenscheinlich, wenn man berücksichtigt, daß auf diesem Wege nicht unbedingt eine Haftungsbeschränkung herbeigeführt werden kann, sondern daß weiterhin Voraussetzung hierfür ist, daß die Haftung überhaupt noch eine beschränkbare ist. Da dies in fünf Fällen nicht mehr zutrifft, so ergibt sich für den Verlust der Haftungsbeschränkung allen oder nur einzelnen Gläubigern gegenüber ein vielgestaltiges und keineswegs leicht zu überschauendes Bild [3]).

Der Grund hierfür kann nicht darin liegen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch Nachlaß- und Erbenvermögen als eine einzige Haftungsmasse behandelt und nur den Nachlaßgläubiger und den Erben die Möglichkeit gewährt, die Trennung der Gütermassen herbeizuführen [4]). Denn damit folgt das geltende Recht dem Grundsatz des römischen Rechts [5]), dessen Erbenhaftung war aber durch die klare Nebeneinanderordnung des beneficium separationis zum Schutze der Nachlaßgläubiger und des beneficium inventarii zugunsten des Erben systematisch

---

[1]) Vgl. hierzu auch die treffende Kritik von Boehmer in Einführung S. 30. Er reiht sie mit Recht in die Partien des Gesetzes ein, die „so verwickelt und z. T. undurchsichtig sind, daß sie selbst den durchgebildeten Juristen die größten Schwierigkeiten bereiten". Kipp, Lehrbuch § 74 II S. 242.

[2]) Aufgebot der Nachlaßgläubiger § 1973, 5jährige Säumnis eines Gläubigers § 1974, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs § 1975, Vollstreckungspreisgabe bei Geringfügigkeit der Masse §§ 1990/91 und bei Überschuldung des Nachlasses auf Grund von Vermächtnissen und Auflagen § 1992.

[3]) Versäumung der Inventarfrist § 1994 I, absichtlich unredliche Inventarerrichtung § 2005, Verweigerung des Offenbarungseides § 2006, Verzicht auf die Haftungsbeschränkung und Verwirkung ihrer Geltendmachung nach §§ 780 ff ZPO.

[4]) Jaeger, Erbenhaftung S. 1 u. 2.

[5]) Boehm, S. 334.

denkbar übersichtlich und einfach geregelt [6]). Die eigentliche Ursache ist vielmehr darin zu sehen, daß das geltende Recht in weit stärkerem Maße als das römische und auch das preußische Recht dazu neigt, den teils widerstreitenden, teils gemeinsamen Interessen des Erben seiner Privatgläubiger und der Nachlaßgläubiger gerecht zu werden.

Unter den zur Verfügung stehenden Mitteln sind Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs sowohl für den Erben als auch für die Nachlaßgläubiger die grundsätzlich gegebenen, um eine Trennung der Gütermassen und zwar des Privatvermögens des Erben von der Erbmasse zu bewirken. Die Durchführung dieser Scheidung führt zu einer Sonderung des der Haftung der Nachlaßgläubiger unbedingt unterworfenen Nachlasses von dem übrigen Vermögen des Erben. Sie erfolgt zu Gunsten der Nachlaßgläubiger und in ihr liegt der eigentliche Zweck der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses. Wenn beide daneben noch die Wirkung haben, daß eine Beschränkung der Erbenhaftung auf das ererbte Vermögen, mithin eine Befreiung des eigenen Vermögens des Erben von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten eintritt, so ergibt sich das nicht mit zwingender Notwendigkeit aus dem Begriff der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß es sich dabei um eine selbständige, von der ersten zu trennende Aufgabe handelt [7]). Denn es ist sehr wohl denkbar, daß die Sonderung des Nachlasses die Haftung des Erben mit seinem Privatvermögen unberührt läßt. Das trifft auch nach geltendem Recht sowohl für die Nachlaßverwaltung als auch für den Nachlaßkonkurs zu. Durch § 2013 BGB wird nämlich die Anwendbarkeit des § 1975 BGB ausdrücklich ausgeschlossen, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Ferner ist hierbei auch auf die sog. Nachlaß-Erbenschulden hinzuweisen. Bei ihnen ist eine Beschränkung der Haftung des Erben wegen der rechtlichen Eigenart dieser Verbindlichkeiten niemals möglich. Unberührt davon bleibt aber die Möglichkeit bestehen, daß sowohl Nachlaßkonkurs als auch Nachlaßverwaltung eingeleitet und durchgeführt werden. Für letztere schließt nur § 2013 Abs. 1 BGB das Antragsrecht des allen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftenden Erben aus, weil sein Interesse an ihr, nämlich die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung weggefallen ist. Das ist aber nicht der Fall, wenn die unbeschränkte Haftung nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber begründet ist. Hier dauert das Interesse des Erben noch an. Aus diesem Grunde läßt daher § 2013 Abs. 2 BGB dann auch sein Antragsrecht fortbestehen [8]). Das Antragsrecht des Nachlaßgläubigers bleibt immer uneingeschränkt bestehen. Der Nachlaßkonkurs kann aber auch von den allen Gläubigern unbeschränkt haftenden Erben beantragt werden [9]). Das ergibt sich aus § 217 KO, wonach zur Stellung des Eröffnungsantrages j e d e r Erbe berechtigt ist. Der Grund dieses Unterschiedes zur Nachlaßverwaltung liegt aber nicht darin, daß auf die Interessen des Erben Rücksicht genommen werden sollte, denn er

---

[6]) Kipp, Lehrbuch a. a. O.
[7]) Boehmer, Erbfolge S. 155.
[8]) Vgl. hierzu Wendt, im Arch. f. ziv. Praxis Band 86, S. 393.
[9]) Staudinger-Herzfelder, zu § 2013 Bem. II, S. 305.

haftet trotz Eröffnung des Nachlaßkonkurses unbeschränkt fort. Der Gesetzgeber wollte vielmehr nur verhindern, daß im Rahmen des Eröffnungsverfahrens geprüft werden müßte, ob der Erbe die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verloren hat oder nicht [10]).

Aus den Wirkungen, die sich an die Einleitung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses knüpfen, nämlich die Trennung der Nachlaßmasse von dem Privatvermögen des Erben und die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf das ererbte Vermögen ergibt sich also, daß beide nicht nur dem Interesse des Erben, sondern gleichzeitig, und zwar in nicht geringem Maße, auch dem der Nachlaßgläubiger dienen. Es ist daher natürlich, daß sie um ihrem Zweck gerecht werden zu können, soweit die Nachlaßmasse in Betracht kommt, in weitgehendster Weise in die Rechte des Erben eingreifen. Das gilt vor allem von dem Nachlaßkonkurs. Die Nachlaßverwaltung wird im einzelnen durch ihren auf Befriedigung der Nachlaßgläubiger bestimmten Zweck bestimmt. Mit ihm steht und fällt sie [11]). Dementsprechend ist sie zwar auch mit Rücksicht auf ihren den Nachlaßkonkurs insoweit gemeinsamen Zweck nicht nur besonders ausgestaltet, sondern der Konkursverwaltung in vielen Beziehungen angeglichen [12]). Trotzdem besteht ein tiefgreifender Unterschied zum Nachlaßkonkurs. Die Nachlaßverwaltung strebt die Befriedigung der Nachlaßgläubiger unter Erhaltung der Nachlaßmasse an, denn sie setzt voraus, daß der Nachlaß nicht überschuldet ist (§ 1980 Abs. I, S. 1 und 2, und § 1985 Abs. II BGB). Der Nachlaßkonkurs will dies aber gerade durch völlige Verwertung der Masse selbst erreichen. Er kann daher nur bei Überschuldung des Nachlasses eröffnet werden (§ 215 KO). Dieser Umstand rechtfertigt es, daß das Konkursverfahren eine besondere Regelung außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rahmen der Konkursordnung (§§214 ff KO) gefunden hat.

Der Zweck der nachfolgenden Untersuchungen ist nun nicht darauf gerichtet, lediglich die rein bürgerlich-rechtlichen Wirkungen des Nachlaßkonkurses auf die Haftung der Miterben klarzulegen. Es sollen vielmehr gerade die Besonderheiten aufgezeigt werden, die sich daraus ergeben, daß die Erbengemeinschaft als Personenverband in dem Nachlaßkonkurs ein in sich geschlossenes Verfahren durchläuft, dessen Zweck sich im Gegensatz zum gewöhnlichen Konkursverfahren nicht darin erschöpft, die Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen, sondern auch dem besonderen Interesse der Erben dienen soll. Das zeigt sich schon in den Vorschriften über die Voraussetzungen und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Diese weichen von denen des gewöhnlichen Nachlaßverfahrens insofern ab, als nach § 215 KO für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses stets die Überschuldung des Nachlasses Voraussetzung ist. Die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund des Regelkonkurses (§ 102 Abs. I KO) ist also weder erforderlich noch genügend.

---

[10]) So mit Recht Jaeger, zu § 217—220 Anm. 2, S. 479 unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien (P. V. S. 763 f).

[11]) Staudinger-Herzfelder, zu § 1975 Bem. IV a, S. 212; RGZ Bd. 65, S. 289; OLG Nürnberg in Bayer. Z. 1905, S. 454 f.

[12]) Strohal II, S. 258.

Schon daraus ergibt sich, daß das Konkursverfahren über den Nachlaß zu Gunsten des Erben insofern eingeschränkt ist, als eine Verwertung der Nachlaßsubstanz nur stattfinden soll, wenn sie das einzige Mittel darstellt, um den Interessen der Gläubiger in annehmbarer Weise Rechnung zu tragen. Außerdem aber ist auch das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger durch die §§ 219, 20 KO besonderen Beschränkungen unterworfen und gegenüber dem der Erben erheblich eingeschränkt (§ 216 KO). Die hierin liegende Verschlechterung der Rechtsstellung der Nachlaßgläubiger gegenüber der der Gläubiger eines gewöhnlichen Konkursverfahrens erklärt sich aus einer Berücksichtigung der Erbeninteressen. Das wird hier dadurch noch augenscheinlich, daß eine strenge Sonderung des Nachlasses von dem eigenen Vermögen der Erben eintritt, und daß diese im Nachlaßkonkurs selbst als Nachlaßgläubiger auftreten können (§ 225 Abs. I KO.) In dieser Berücksichtigung der Interessen der Erben liegt aber, wie an dieser Stelle festgestellt sein mag, ein wesentlicher Unterschied nicht nur gegenüber dem Konkursverfahren über das Vermögen eines einzelnen Rechtssubjekts, sondern auch gegenüber dem Konkurs über das Vermögen des ebenfalls nicht mit selbständiger Rechtspersönlichkeit bekleideten Personenverbandes der offenen Handelsgesellschaft. Dieser hat zwar mit der Erbengemeinschaft das gemeinsam, daß es sich um einen keine juristische Person bildenden Personenverband handelt. Er unterscheidet sich aber dadurch, daß bei der offenen Handelsgesellschaft wegen der Unmöglichkeit der Herbeiführung einer beschränkten Haftung der Gesellschafter im Gegensatz zur Erbengemeinschaft den Interessen der Gläubiger in weit größerem Umfang Rechnung getragen ist und auch getragen werden muß als beim Nachlaßkonkurs.

Hauptteil:

I. Kapitel:

Die Erbengemeinschaft.

Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über (§ 1922 BGB). In dem letzten Falle wird dabei der Nachlaß nach § 2032 Abs. I BGB gemeinschaftliches Vermögen der Erben. Darin tritt die grundsätzliche Anerkennung des deutschrechtlichen Grundsatzes der gesamten Hand für die Erbengemeinschaft zutage. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist damit dem Preußischen Recht gefolgt, denn auch für dieses hat die damals herrschende Lehre in der Erbengemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand gesehen [13]).

[13]) Binder, Bd. III, S. 6; und das daselbst in Anm. 2 angegebene Schrifttum; ferner Kress, Erbengemeinschaft S. 1 und Denkschrift S. 276 ff sowie Prot. Bd. V, S. 835 ff. Über das Preußische Recht vgl. Dernburg Bd. III, §§ 238 ff.

Das Wesen dieser Gemeinschaft zur gesamten Hand ist zwar keinesfalls in allen Grundzügen geklärt und unstreitig. Gierke sah in ihr eine personenrechtliche Gemeinschaft, bei der die verbundenen Personen insgesamt zur Mitträgerschaft der Gemeinsphäre berufen sind. Nach innen soll der Gesamtwille als einheitlicher Gemeinschaftswille herrschen, während nach außen hin die in ihrer Zusammenfassung geeinigte Personenmehrheit als eine rechts- und handlungsfähige Kollektiveinheit in Erscheinung tritt [14]). Diese Auffassung findet ihre Rechtfertigung darin, daß Gierke die Unterscheidung gegenüber anderen Gemeinschaftsverhältnissen in dem Umstand erblickt, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht nur äußere Beziehungen zwischen den in ihr vereinten Rechtssubjekten herstellt, sondern diese auch innerlich zu einer Art subjektiven Einheit zusammenschließt. In dieser Vereinigung soll der Einzelwille eines jeden Gesellschafters als wesentlicher Faktor enthalten sein. Der Gemeinwille ist zwar von dem Willen des einzelnen Gemeinschafters nicht losgelöst und tritt dem Einzelnen nicht als selbstständige Einheit gegenüber. Trotzdem erscheinen die Gesamthänder aber nicht als mehrere schlechthin für sich stehende Individuen, sondern sie sind nur als Träger der zwischen ihnen bestehenden Willensgemeinschaft zur Herrschaft berufen [15]).

Diese Ansicht ist im Schrifttum Gegenstand lebhafter Angriffe gewesen [16]). Der Grund hierfür ist nicht zuletzt darin zu sehen, daß Gierke das korporative Element einseitig in den Vordergrund gerückt hat, ohne dem Umstand hinreichend gerecht zu werden, daß die Gesamthand ihrem Wesen nach eine Personenmehrheit ist und bleibt, und daß sie trotz innigster Verbindung der einzelnen Rechtssubjekte rechtlich nicht zu einer restlosen Subjektseinheit zusammengefaßt werden kann.

Im Gegensatz zu der Ansicht Gierkes steht die Lehre von der geteilten Mitberechtigung. Sie lehnt das Vorhandensein einer Gesamtberechtigung ab, und faßt die Gesamthand rein subjektiv individualistisch auf [17]). Sie sieht das Wesen der Gesamthand nicht darin, daß die in der Willensgemeinschaft zusammengefaßten einzelnen Rechtssubjekte Träger der zum Gesamthandsvermögen gehörenden Rechte sind, sondern darin, daß der Einzelne nur durch die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft in der Verfügung beschränkt wird.

Nach dieser Lehre wäre mithin die Gesamthand nur eine Unterart der Bruchteilsgemeinschaft. Das ist aber nicht der Fall. Der „Anteil" des Gesamthänders ist nicht gleichbedeutend mit der Bruchteilsberechtigung. Denn diese ist ein vermögensrechtlicher, während es sich bei der Gesamthand um eine Quote, mithin um einen personenrechtlichen Begriff handelt [18]).

Die Ansicht von Gierke kommt der vor allem von Sohm vertretenen Auffassung am nächsten. Man kann sie als die Lehre von der Rechts-

---

[14]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 664.

[15]) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 343.

[16]) Binder, Bd. III S. 11 ff. Endemann, Bd. III § 135 S. 1005 ff.

[17]) Joerges in Ztschr. f. H. R. Bd. 49 S. 141 ff u. Bd. 51 S. 64; Nagler in Sächs. Arch. Bd. 10 S. 723.

[18]) Vgl. hierzu Sohm, Der Gegenstand, S. 70; Kinsberg S. 20.

gemeinschaft kraft Personenrechts bezeichnen [19]). Nach ihr liegt bei der Gesamthand keine Gesamtberechtigung nach Art einer eigenen Rechtspersönlichkeit vor. Es handelt sich vielmehr um ein personenrechtliches Verhältnis, das sich auf alle Vermögensgegenstände der Gemeinschaft erstreckt. Jeder Gemeinschafter hat an dem einzelnen Gegenstand einen Anteil, aber nicht im Sinne eines Bruchteils, sondern kraft seiner Mitgliedschaft [20]). Dieser Ansicht stehen ebenfalls Bedenken entgegen. Anerkannt werden muß allerdings, daß das persönliche Verhältnis unter den Gesamthändern in gewissen Beziehungen für das Gesamthandsvermögen bestimmend ist [21]). Ihm kommt aber andererseits auch nicht wieder eine derartige Bedeutung zu, daß aus ihm allein die Frage der Gesamtberechtigung der Personenvielheit nach außen hin beantwortet werden kann. Es ist richtig, wenn Binder feststellt, „daß wir uns immer noch leichter den Einheitsorganismus der juristischen Person als den Zwitter der Gesamthand vorstellen können" [22]).

Für die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft sind nun die Schwierigkeiten deshalb geringer, weil sie gegenüber der Gesamthand in ihrer reinen begrifflichen Form Besonderheiten aufweist, die sie im übrigen auch von den sonst anerkannten Fällen der Gesamthand unterscheiden. Das tritt besonders darin in Erscheinung, daß durch § 2033 Abs. I S. 1 BGB das Verfügungsrecht des Miterben über seinen Anteil an dem Nachlaß anerkannt ist, und daß in den §§ 2038 und 2042 BGB eine Reihe von Vorschriften der Gemeinschaft nach Bruchteilen für anwendbar erklärt worden sind. Dadurch rechtfertigt es sich, die Natur der Gesamthand als unbestimmt zu bezeichnen, und zwar in der Weise, daß sie in den verschiedenen Arten der Gemeinschaft auch verschieden ausgestaltet ist und ihren entscheidenden Inhalt aus dem jeweils maßgeblichen Gesamthandsverhältnis entnimmt [23]).

Die Erbengemeinschaft ist nun zwar in ihrer Grundlage der Gemeinschaft zur gesamten Hand nachgebildet, sie zeigt aber in ihrer Ausgestaltung im einzelnen starke Einflüsse der Gemeinschaft nach Bruchteilen [24]). Grundsätzlich steht zwar den Miterben ein Recht am Nachlaß in seiner Gesamtheit, also als unteilbarem Ganzen zu [25]). Soweit es sich nun um den Nachlaß selbst „in seinem tatsächlichen aus einzelnen Sachen und Rechten zusammengesetzten Bestande handelt, ist das Gesamthandsverhältnis rein und konsequent durchgeführt" [26]). Das führt zunächst zu der Feststellung, daß die Miterbengemeinschaft nach außen hin, soweit es sich um den Nachlaß als Gesamthandsvermögen handelt, auch als eine geschlossene Einheit auftritt. Der Nachlaß wird als ein Sondervermögen behandelt, das sowohl im Eigentum

---

[19]) Vgl. Kinsberg S. 5.
[20]) Sohm, Der Gegenstand S. 67 ff; ähnlich auch Frommhold S. 86.
[21]) Enneccerus I, 2 (1922) § 312 Anm. 3, S. 261.
[22]) Enneccerus I, 2 (1922) § 312 Anm. 3, S. 261; Binder, Bd. III, Anm. 13, S. 12.
[23]) BGZ Bd. 65, S. 236.
[24]) Boehmer, Erbfolge S. 40.
[25]) Binder, Bd. III, S. 10.
[26]) Boehmer, a. a. O.

als auch im Besitz der Erbengemeinschaft steht. Nicht nur Verfügungen, sondern auch grundsätzlich seine Verwaltung können nur gemeinsam erfolgen[27]).

Wie aber Boehmer zutreffend hervorhebt, hat das Gesetz durch die Einführung der „Eigenartigen Zwischenbildung eines jeden Miterben zustehenden „Anteils" am Gesamtnachlasse der nach § 2033 Abs. I BGB seiner freien Verfügung unterliegt, das Gesamthandsprinzip zugunsten des Bruchteilsprinzips durchbrochen und damit Konsequenzen ermöglicht, die für den Bestand der Erbengemeinschaft gefährlich sind"[28]).

Was die rechtliche Natur dieses „Anteils" anbelangt, so muß man ihn mit Boehmer als „das gegenständliche Substrat der Mitgliedschaftsstellung auffassen, die jedem Miterben kraft seiner Erbberechtigung in der Rechtsgemeinschaft der Miterben zukommt"[29]). Keinesfalls ist er etwa ein tatsächlicher Bestandteil des Nachlasses und auch nicht etwa der Inbegriff der Berechtigung des Miterben an den einzelnen zum Nachlaß gehörenden Gegenständen. Denn eine derartige Auffassung würde dazu führen, das subjektive Moment innerhalb der rechtlichen Struktur der Gesamthand vollkommen auszuschalten, und damit diese Art der Rechtsgemeinschaft ihres begrifflich entscheidenden Merkmals zu entkleiden. Die von Boehmer vertretene Auffassung nähert sich dabei unverkennbar der Lehre, die in der Gesamthand eine Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts erblickt. Sie vermeidet aber deren Fehler, indem sie nicht einseitig das subjektiv-individualistische Moment des Personenrechts entscheidend in den Vordergrund rückt, sondern den richtunggebenden Faktor in einer Synthese objektiver und subjektiver Elemente erblickt. Nur so ist es möglich, der Gesamthand überhaupt und der wenn auch teilweise eingeschränkten, aber dennoch unverkennbar vorhandenen Gesamthandsgemeinschaftsidee bei der Erbengemeinschaft gerecht zu werden.

Wie die beiden sich widersprechenden Formen des Gesamthands- und Bruchteilsprinzips in Wechselwirkung innerhalb der Erbengemeinschaft sich gegenüberstehen und welche Folgen sich daraus ergeben, kann hier unerörtert bleiben. Soweit dies im Rahmen des Nachlaßkonkurses von Bedeutung ist, wird an den entsprechenden Stellen hierauf eingegangen werden.

---

[27]) Das erkennen § 2040, Abs. I und § 2038, Abs. I S. 1 BGB ausdrücklich an. Über den Nachlaß im Ganzen können allerdings die Miterben auch nicht durch einen einheitlichen Akt dinglich verfügen (Riesenfeld, Bd. 1, S. 174 ff). Der Grund hierfür liegt aber nicht im Wesen der Gesamthand, sondern in sachenrechtlichen Grundsätzen. Soweit es sich um die Verwaltung handelt, sind zwar verschiedentlich Ausnahmen gesetzlich zugelassen worden (vgl. § 2038 BGB), dadurch wird aber an dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung nichts geändert.

[28]) Boehmer a. a. O.

[29]) Boehmer a. a. O. 34.

II. Kapitel:

Die Miterben als Gemeinschuldner im Konkursverfahren.

Nach § 216 Abs. II KO ist bei dem Vorhandensein mehrerer Erben die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch noch nach der Teilung des Nachlasses zulässig. Da das Gesetz die Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens vor der Teilung keinen besonderen Schranken unterwirft, so ist sie in jedem Augenblick statthaft. Wesentlich ist dabei auch die Vorschrift des § 216 Abs. I KO. Danach wird nämlich die Eröffnung des Verfahrens nicht einmal dadurch gehindert, daß der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens wird aber an dem Bestand der Erbengemeinschaft nichts geändert. Diese wird nicht etwa aufgelöst, sondern bleibt bestehen.

Gegenständlich bezieht sich nun der Nachlaßkonkurs nur auf die Nachlaßmasse. Er bildet ein besonderes Verfahren über ein Sondervermögen. Damit kommt ihm die Eigenschaft eines Sonderkonkurses zu [30]) Zwar geht nach § 1922 Abs. I BGB mit dem Tode einer Person deren Vermögen auf den Erben über. Es wird damit allerdings Teil des gesamten Vermögens des Erben, es schmilzt aber mit seinem Privatvermögen keinesfalls zu einer vollständigen und in jeder Hinsicht rechtlich unlösbaren Einheit zusammen. Gerade der Umstand, daß ein selbständiges, das Privatvermögen des Erben nicht berührendes Konkursverfahren über den Nachlaß möglich ist, läßt erkennen, daß dieses insoweit als Sondervermögen behandelt wird [31]).

Der Konkurs als ein geschlossenes und sich nach bestimmten formellen Grundsätzen abwickelndes Verfahren der Gesamtvollstreckung in eine Vermögensmasse ist ohne Vorhandensein eines Gesamtschuldners undenkbar. Das gilt ohne Rücksicht auf die Gestaltung der materiellen Rechtslage schon für die formale Durchführung des Verfahrens. Es sei hierbei nur auf die besondere Rechtstellung hingewiesen, die dem Gemeinschuldner bei der Eröffnung des Konkursverfahrens eingeräumt ist, auf sein Antragsrecht, sein Beschwerderecht usw. sowie auf die Möglichkeit, im Rahmen des Verfahrens Forderungen zu bestreiten, um dadurch besondere Wirkungen über die Beendigung des Konkursverfahrens hinaus auszulösen [32]).

Die Einbeziehung des Vermögens in das Konkursverfahren nimmt nun diesem nicht die Eigenschaft eines bloßen Rechtsobjektes als Gegenstand der Vollstreckung. Die Konkursmasse erhält nicht etwa die Eigenschaft eines Rechtssubjektes, eines von der Persönlichkeit des Gemeinschuldners losgelösten, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Zweckvermögens [33]). Das nehmen nicht einmal diejenigen

---

[30]) Endemann, III, 2, S. 948.
[31]) Endemann a. a. O.
[32]) Vgl. unten S. 12.
[33]) So wörtlich Wentzel zu § I KO Bem. 1, S. 3 unter Berufung auf RGZ Bd. 29 S. 36 u. 53 S. 352.

Schriftsteller an, die bei der Frage nach der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters diesen als Vertreter der Konkursmasse ansehen [34]). Auch von ihrem Standpunkt aus soll die Masse keine selbständige Rechtspersönlichkeit, etwa die einer juristischen Person, erlangen.

Geht man nun von dem Grundsatz aus, daß sich durch die Eröffnung des Konkurses an der Rechtsträgerschaft der in die Masse fallenden Rechte nichts ändert, so kommt grundsätzlich demjenigen die Eigenschaft als Gemeinschuldner zu, der Träger der materiellen Rechte und Verbindlichkeiten ist. Dabei ergeben sich in den Fällen des Sonderkonkurses Schwierigkeiten, wenn die Rechtsträger dieser Vermögensmasse keine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzen. Das gilt vor allem beim Nachlaßkonkurs der Erbengemeinschaft. Hierzu kommt ferner noch, daß nach § 216 Abs. I KO die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch schon vor der Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft möglich ist. Selbst in dem Fall also, daß es sich um einen einzelnen Erben und nicht um eine Mehrheit von Erben handeln sollte, ergeben sich dadurch Schwierigkeiten für die Bestimmung der Person des Gemeinschuldners. Denn wollte man diese schlechthin nach der Person des Rechtsträgers treffen, so bleibt hier die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß der Anfall der Erbschaft durch nachträgliche Ausschlagung wieder beseitigt wird und nunmehr feststeht, daß der „Erbe" in Wahrheit niemals Träger der zum Nachlaß gehörenden Rechte und Verbindlichkeiten geworden ist. Die rechtlichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gemeinschuldners liegen also für den Fall des Nachlaßkonkurses nicht nur in den Besonderheiten, denen der Rechtserwerb im Wege der Erbfolge unterliegt sondern sie sind ferner bei der Miterbengemeinschaft noch darin zu finden, daß diese als Gesamthandsverband keine in sich geschlossene, selbständige Rechtspersönlichkeit darstellt.

Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung herrschende Meinung steht für den Fall des Nachlaßkonkurses auf dem Standpunkt, daß Gemeinschuldner der Erbe sei [35]). Damit wird nicht nur die Auffassung abgelehnt, daß der Nachlaß die Stellung eines Gemeinschuldners bekleide [36]), sondern auch die Ansicht, daß als Gemeinschuldner immer noch der Erblasser zu gelten habe [37]). Der herrschenden Lehre ist unbedingt beizupflichten. Den letztgenannten Ansichten steht entgegen, daß der Nachlaß nach geltendem Recht keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt [38]), daß das ganze Konkursverfahren seiner rechtlichen Ausgestaltung nach das Vorhandensein einer lebenden Person als Gemeinschuldner erfordert. Vom Standpunkt der Gegenansicht, vor allem der zuletzt genannten ist es unerfindlich, auf wen Bestimmungen der

---

[34]) Das nimmt aber Kohler, Leitfaden S. 171, an. Eine Stellungnahme zu den hier vertretenen Ansichten, insbesondere der Vertretertheorie, erübrigt sich.

[35]) Jaeger, zu § 214 Anm. 7 S. 456; RG in L. Z. 1912, 461 Nr. 33 und 1915 Sp. 225, 271; KG in OLG I, 446; Binder II, 105 f. Fitting, § 56 Note 26, S. 491. Staudinger-Herzfelder zu § 1975 Bem. IV S. 215.

[36]) Oetker, in Z. f. H. 66, 209; Kohler, Leitfaden, S. 171.

[37]) Mot. II 452; Wilke, zu § 1975 Anm. 5 und 6.

[38]) Jaeger, zu § 214 Anm. 7, N 1 a S. 456.

KO wie die der Beschwerde gegen die Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs (§§ 173, 230, 189 KO) oder, worauf besonders Jaeger (a. a. O.) hinweist, die Strafbestimmungen der KO für die Zeit nach dem Erbfall Anwendung finden sollen. Die Ansichten aller derer, die die Gemeinschuldnereigenschaft dem Erben nicht zuerkennen wollen, sehen sich zu der Fiktion gezwungen, den Erblasser als fortlebend zu betrachten und müssen andererseits doch den Erben wenigstens doch die Stellung eines Gemeinschuldners einräumen, wo das Gesetz für den Gemeinschuldner unzweideutig das Vorhandensein einer gegenwärtigen Rechtspersönlichkeit voraussetzt. Daraus erhellt sich zur Genüge, daß man bei der Frage, wem die Eigenschaft des Gemeinschuldners zuerkannt werden muß, ohne die Person des Erben auf keinen Fall auskommen kann. Aus diesem Grunde ist daher der Grundsatz der herrschenden Lehre, daß im Nachlaßkonkurse die vom „Gemeinschuldner" handelnden Vorschriften des Gesetzes für die Zeit nach dem Erbfall auf den Erben als Subjekt der Erbschaft zu beziehen sind, zutreffend [39]). Das zwingt aber zu dem Schluß, daß, wenn es sich um Vorschriften handelt, die die Zeit vor dem Eintritt des Erbfalls im Auge haben, hier nur der Erblasser als Gemeinschuldner angesehen werden kann. Das ist zwar teilweise bestritten worden, aber zu Unrecht [40]).

Es handelt sich bei dieser Frage nicht darum, wer im Augenblick als zur Wahrnehmung der dem Gemeinschuldner vom Gesetz auferlegten Rechte und Pflichten berufen erscheint. Denn das kann nach dem Tode des Erblassers immer nur der Erbe sein. Wesentlich ist vielmehr nur, daß, wenn das Gesetz in manchen Fällen vom „Gemeinschuldner" spricht, es damit in Wirklichkeit einen Zeitpunkt im Auge hat, der vor der Eröffnung des Konkursverfahrens liegt. Das trifft z. B. für § 31 Ziff. 1 KO zu. Der Ausdruck „Gemeinschuldner" will nur besagen, daß das Gesetz von dem Regelfall ausgeht, daß sich in der Zwischenzeit an der Rechtsträgerschaft, im Sinne einer Bestimmung der Person des Gemeinschuldners, nichts geändert habe. Der Nachlaßkonkurs stellt aber insoweit gerade eine Durchbrechung des Regelsatzes dar. Diese zwingt aber nicht dazu, die Person des Gemeinschuldners nach anderen als den gewöhnlichen Grundsätzen zu bestimmen. Der Ausgangspunkt aller, der herrschenden Lehre entgegengesetzten Ansichten ist insofern unrichtig, als sie von der stillschweigenden Voraussetzung ausgehen, daß der Begriff des „Gemeinschuldners" im Gesetz ein feststehender sei. Das trifft aber, wie sich daraus entnehmen läßt, daß das Gesetz auch für die Zeit vor der Konkurseröffnung von der maßgebenden Rechtspersönlichkeit als dem „Gemeinschuldner" spricht, nicht zu. Bei

[39]) So Jaeger, zu § 214 Anm. 7 S. 456; Riesenfeld, II S. 104.

[40]) Hellmann, will nur den Erben als Gemeinschuldner gelten lassen (S. 607 „einen Gemeinschuldner des Nachlaßkonkurses vor dem Erbfall gibt es nicht und man braucht ihn nicht"). Ebenso v. Wilmowski-Kurlbaum, Vorbem. 1, vor § 214, S. 556; Kleinfeller, Lehrbuch S. 194. Wenn die Letztgenannten aber trotzdem eine Anwendung der Anfechtungsvorschriften usw. auf den Erblasser und dessen Handlungen zulassen, so stimmen sie damit im Wesen der herrschenden Lehre bei. Es kommt auf den Sinn und nicht auf die Formulierung im Einzelfalle an.

sinngemäßer Auslegung muß man daher sagen, daß im Nachlaßkonkurs lediglich der Erbe die Gemeinschuldnerstellung bekleidet, daß aber bestimmte Handlungen nach der Person des Erblassers zu beurteilen sind, weil er zu dem entscheidenden Zeitpunkt noch Träger der Rechte und Pflichten gewesen ist und dadurch in seiner Person die Voraussetzungen für den Begriff des Gemeinschuldners erfüllt waren [41]). Bei einer Mehrheit von Erben kommt nun die herrschende Lehre zu dem Schluß, daß alle Miterben die Rolle eines Gemeinschuldners tragen [42]). Das ist auch die allein mögliche Lösung, wenn man anerkennt, daß beim Nachlaßkonkurs der Erbe als Gemeinschuldner anzusehen ist. Denn da die Erbengemeinschaft rechtlich nur eine Mehrheit einzelner Rechssubjekte-Erben ist, muß jeder von ihnen „Gemeinschuldner" sein, mithin also: alle Miterben.

Damit ist aber keinesfalls gesagt, daß auch nach außen hin jeder einzelne Miterbe nunmehr in der Lage ist, mit Erfolg die dem Gemeinschuldner eingeräumten Befugnisse auszuüben. Denn durch die Verbundenheit zur Gesamthand besteht die Möglichkeit, daß zwar jeder Miterbe „Gemeinschuldner" ist, daß aber in einzelnen Fällen, ohne an dieser Tatsache etwas zu ändern, nicht der einzelne Miterbe allein — sei es mit Wirkung für sich allein oder für alle — im Verfahren als „Gemeinschuldner" auftreten kann, sondern ein rechtswirksames Handeln nur bei übereinstimmender Tätigkeit aller gegeben ist. Wann aber das eine oder andere zutrifft, läßt sich aus dem Gesetz selbst erschöpfend jedenfalls nicht unmittelbar entnehmen. Man wird davon ausgehen müssen, daß jeder Miterbe für sich allein dann zur Ausübung der Befugnisse eines Gemeinschuldners in der Lage ist, wenn es sich um die Wahrnehmung von Rechten handelt, die dem „Gemeinschuldner" als Ausfluß seiner verfahrensrechtlichen Stellung eingeräumt sind. Für die Berechtigung zur Stellung des Konkursantrages ist dies sogar in § 217 I KO ausgesprochen und ausdrücklich jedem Erben das Recht hierzu zuerkannt. Gerade aus dieser Hervorhebung im Gesetz kann man aber auch entnehmen, daß sich eine klare einheitliche Entscheidung nicht treffen läßt, ob und inwieweit der Grundsatz, daß allen mithin auch jedem einzelnen Miterben, die Gemeinschuldnerstellung beizulegen ist, nicht dadurch Ausnahmen erleidet, daß eben die Erbengemeinschaft als Gesamthand keinen vollständig in sich geschlossenen, zu selbständiger Rechtspersönlichkeit fähigen Verband darstellt. Schon § 230 I KO stellt insofern eine Durchbrechung dar, als ein Zwangsvergleich jedenfalls nur auf Vorschlag aller Erben geschlossen werden kann. Alle müssen also als „Gemeinschuldner" zusammenwirken. Will man daher die konkursrechtliche Stellung der Miterben im Einzelnen und in ihrer Gesamtheit eindeutig bestimmen, so zeigt sich, daß zwei leitende Gesichtspunkte hervortreten. Erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses als Mittel zur Herbeiführung der beschränkten Erbenhaftung allgemein an, dann muß bei der Erbenmehr-

---

[41]) Vgl. auch Mentzel, zu § 214 Anm. 1 b, S. 612 und die dort angeführte Rechtsprechung.

[42]) Jaeger, zu § 214, Anm. 7 S. 457; RG in L. Z. 1912, 461. v. Wilmowski-Kurlbaum, Vorbem. 1, I vor § 214 S. 556.

heit jedem einzelnen Miterben zur Erreichung und Durchführung dieses Zweckes in gewissem Umfang eine selbständige verfahrensrechtliche Stellung eingeräumt werden. Dem steht aber die Tatsache gegenüber, daß die zivilrechtliche Stellung des einzelnen Miterben dadurch wesentliche Einschränkungen erleidet, daß alle Miterben in der Gesamthand verbunden sind, mithin einschneidenden Beschränkungen in der Betätigung ihrer eigenen freien Verfügungsgewalt unterworfen sind. Andererseits bleibt zu berücksichtigen, daß der Konkurs als formelles Verfahren zwar die Rechte des einzelnen Miterben nach Möglichkeit wahren muß, andererseits aber die einheitliche Durchführung des Verfahrens eine Zusammenfassung der Erbenmehrheit zu einer Geschlossenheit unter Ausschaltung der Einzelperson erforderlich macht. Es sind dies letzten Endes dieselben Erwägungen, wie sie im streitigen Prozeßverfahren bei einer Subjektshäufung auf der Seite der klagenden oder beklagten Partei anzustellen sind. Auch hier bei der Streitgenossenschaft (§§ 59 ff ZPO) ist der Ausgleich zu finden zwischen materiellem Recht und prozessualem Verfahren. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften sind nicht um ihrer selbst willen vorhanden, sondern sie dienen in ihrer Gesamtheit der Durchsetzung und Verwirklichung des materiellen Rechts. Tritt dieser Zweck in den betreffenden Verfahrensvorschriften aber unmittelbar in Erscheinung, dann ist es das materielle Recht, das ihnen das Gepräge aufdrückt. Mit Recht können in solchen Fällen zivilrechtliche Beschränkungen der freien Rechtsausübung einer einzelnen Person durch ihre Einordnung in einen Personenverband für die verfahrensrechtliche Rechtsstellung nicht unberücksichtigt bleiben. Aus diesem Grunde ist es zutreffend, daß beispielsweise die Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß (§ 109 KO) und die Bestreitung einer angemeldeten Forderung im Prüfungstermin von jedem einzelnen Erben erfolgen können [43]). Andererseits sind aber vornehmlich Handlungen, die sich ihrem Wesen nach als Verfügungen über Nachlaßgegenstände darstellen, wegen § 2040 I BGB nur von allen Miterben gemeinsam vorzunehmen, selbst wenn sie im Konkursverfahren vom „Gemeinschuldner" vorgenommen werden und nach außen hin als Wahrnehmung verfahrensmäßiger Befugnisse erscheinen [44]). Das ist m. E. der eigentliche Grund für die Regelung in § 230 I KO, da es sich beim Zwangsvergleich nicht nur um den „Vorschlag", sondern gemäß § 371

[43]) Ob das Bestreiten allerdings für alle Miterben die Folgen der Versäumung des Bewertens (§§ 164 II, 194) beseitigt, ist bestritten; Jaeger, zu § 214 Anm. 18, S. 462. Schroeder S. 18 ff und Hellmann, S. 611 bejahen das, im Gegensatz zu Seuffert, § 52 N 42; Binder III, 352; Wilmowski-Kurlbaum Vorbem. 5 zu § 214. Der erstgenannten Ansicht ist beizupflichten. Wenn auch das Bestreiten einer Forderung durch den Gemeinschuldner für ihre Berücksichtigung im Konkursverfahren selbst unbeachtlich ist, so stellt die durch sie hervorgerufene Folge des § 164 II KO jedenfalls die formalrechtliche, nicht aber materielle Nachwirkung einer verfahrensrechtlichen Handlung dar. Es kann mithin nicht nur jeder Erbe die Forderung bestreiten, sondern dieses muß, wie Jaeger (a. a. O.) ausführt, deshalb zu Gunsten aller Miterben wirken, weil es sich gegen den Bestand einer Nachlassverbindlichkeit richtet.

[44]) Vgl. hierzu die Fälle bei Jaeger, zu § 214 Anm. 17, S. 462.

KO auch darum handelt, daß er zwischen dem „Gemeinschuldner" und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, also insoweit unter Ausschaltung des Konkursverwalters, abgeschlossen wird. Insoweit erscheint daher — jedenfalls vom Standpunkt der für § 173 KO herrschenden Vertragstheorie — die noch ausdrückliche Bestimmung in § 230 I KO überflüssig und ist anscheinend nur der Klarheit halber wegen § 217 I KO aufgenommen worden.

Man muß also zu dem Ergebnis kommen, daß zwar jeder Miterbe als „Gemeinschuldner" anzusehen ist, und auch grundsätzlich selbständig die Rechte eines solchen konkursrechtlich ausüben kann, daß aber in Fällen der letztgenannten Art das Zusammenwirken aller Miterben als „Gemeinschuldner" nach außen hin erforderlich ist, um Berücksichtigung finden zu können. Damit ist aber nicht nur die Frage beantwortet, wer bei der Miterbengemeinschaft als Gemeinschuldner anzusehen ist, sondern insoweit auch gleichzeitig das Verhältnis der Miterben im Nachlaßkonkurs, sowohl dem Konkursgericht als auch den Konkursgläubigern und dem Konkursverwalter gegenüber, klargestellt. Vom Standpunkt des oben erwähnten Grundsatzes aus kommt es dafür, ob der Miterbe allein oder nur ihre Gesamtheit jeweils als zur wirksamen Wahrnehmung der Rechte eines „Gemeinschuldners" nach außen hin berufen ist, nicht darauf an, wer der Erbengemeinschaft gegenübersteht. Maßgebend ist allein die rechtliche Natur der auszuübenden Handlung. Dabei ist zu berücksichtigen, daß für das Vorliegen eines materiell-rechtlichen Einschlages naturgemäß dann weniger Raum bleiben wird, wenn es sich um eine Tätigkeit des „Gemeinschuldners" oder um die Berücksichtigung bestimmter tatsächlicher Zustände[45]) im Verhältnis zum Konkursgericht und nicht gegenüber dem Konkursverwalter oder gar den Konkursgläubigern handelt. Aber auch hier lassen sich auch allgemeine Grundsätze aufstellen. Die Entscheidung selbst muß dem Einzelfall vorbehalten bleiben.

Für das Verhältnis zum Konkursgericht ist zu beachten, daß beispielsweise jedem einzelnen Miterben nach § 217 I KO das Antragsrecht und nach § 109 KO die sofortige Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß zusteht. Der Antrag nach § 202 KO kann aber nur von allen Miterben gestellt werden[46]). Der Grund hierfür ist in § 217 I KO und dem jedem Miterben eingeräumten Antragsrecht zu sehen, also unmittelbarer Ausfluß einer formellen verfahrensrechtlichen Vorschrift. Bereits § 217 I KO ist aber nur die Folge. Denn der eigentliche Grund liegt in der bürgerlich-rechtlichen Bedeutung des Nachlaßkonkurses als des auch bei der Miterbengemeinschaft jedem Miterben gegebenen Mittels zur Herbeiführung seiner beschränkten Haftung und der Befriedigung der Gläubiger in seinem eigenen Interesse. Materiell rechtliche Bedeutung kommt hier bei § 232 I KO in Verbindung mit § 175 und § 186 KO zu. Trotz des gemeinschaftlichen Vorschlagsrechts löst doch das Verhalten eines Miterben bei dem Nachlaßkonkurs der Erbengemeinschaft die Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs schlechthin aus[47]).

[45]) Z. B. der Redlichkeit in § 8 KO oder in § 187 KO.
[46]) Jaeger, zu § 202, Anm. 1, S. 392 und zu § 214 Anm. 17, S. 462.
[47]) Jaeger, zu § 175, Anm. 3, S. 318.

Im Rahmen der bisherigen Ausführungen ändert sich auch dadurch nichts an der Rechtslage, daß der Nachlaßkonkurs erst nach der Teilung des Nachlasses eröffnet worden ist. Die Zulässigkeit des Konkurses für diesen Fall wird in § 216 KO ausdrücklich anerkannt. Auch hier sind alle Miterben als Gemeinschuldner anzusehen.

III. Kapitel:

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vor der Teilung des Nachlasses.

§1. Der Nachlaß und die Nachlaßkonkursmasse.

Im folgenden soll nun die Haftung der Miterben für den Fall dargestellt werden, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, wie es der Regel entspricht, v o r d e r T e i l u n g des Nachlasses erfolgt.

Als Vermögensmasse kommen hierbei in Betracht: Der Nachlaß, das Eigen- (Privat-)Vermögen jedes einzelnen Miterben, und der Anteil des Miterben am Nachlaß. Wie sich dies Verhältnis dieser drei zueinander gestaltet, und ob tatsächlich ein Gegensatz zwischen dem Eigenvermögen des Miterben und seinem Anteil am Nachlaß besteht, bleibt einer späteren Untersuchung vorbehalten.

Der Nachlaß ist ein durch die Zwecke der Erbengemeinschaft gebundenes Sondervermögen in der Hand der Erbengemeinschaft. Wie oben bereits nachgewiesen wurde, ist die Erbengemeinschaft allerdings keine juristische Person. Träger der in diesem Sondervermögen zusammengeschlossenen Rechte ist daher keine besondere Rechtspersönlichkeit neben den einzelnen Erben; es sind dies vielmehr die Miterben selbst in ihrem Zusammenschluß in der Erbengemeinschaft [48]). Da diese aber keine selbständige Rechtspersönlichkeit darstellt, sondern als Rechtssubjekt nur der einzelne Miterbe anzusehen ist, so gehört von diesem Standpunkt aus auch der Nachlaß zum Vermögen der Erben.

Neben dem Nachlaß steht das sonstige Vermögen der Erben, das sog. Eigenvermögen. Dieses steht jedem einzelnen der Miterben ausschließlich persönlich als Rechtsträger zu. Von dem Nachlaß ist es als Sondervermögen rechtlich in jeder Beziehung getrennt. Das wird schon durch die Gesamthandsgebundenheit des Nachlasses bedingt und entspricht den sonst im bürgerlichen Recht geregelten Fällen eines Gemeinschaftsvermögen Mehrerer (z. B. Gesellschaft des BGB, offene Handelsgesellschaft und allgemeine Gütergemeinschaft [49]).

Bei der Miterbengemeinschaft kommt aber als Drittes noch der Anteil des einzelnen Miterben am Nachlaß in Betracht. Er bildet den Ausdruck für die Beteiligung des Miterben an der Miterbengemeinschaft. Seinem Wesen nach stellt er sich als „ein inhaltlich unveränderliches und durch die Gesamtheit gebundenes subjektives Gemeinschafts-

[48]) Riesenfeld I S. 154.
[49]) Boehmer Erbfolge S. 41.

recht" dar[50]). Durch ihn wird die Beziehung zwischen der subjektiven und objektiven Mitberechtigung im Rahmen der Erbengemeinschaft hergestellt. Wenn man sagt, daß dieses Recht für die Berechtigten während der Dauer der Gemeinschaft latent besteht und bei ihrer Beendigung aktiv wird[51]), so will man damit zum Ausdruck bringen, daß mit der Beendigung der Erbengemeinschaft die durch die Gemeinschaft hervorgerufenen Bindungen fortgefallen sind. Die Mitberechtigung hat ihr Ende erreicht und die Realisierung des Anteilsrechts geht nunmehr vor sich. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob man den Standpunkt vertritt, daß die Miterbengemeinschaft auf einem Personenverbande beruht oder ob man der Ansicht folgt, nach der sie nur die Folge einer gegenständlichen Mitberechtigung am Nachlaß darstellt, mithin „eine Gemeinschaft kraft materieller Anteilsrechte und nicht eine Personengemeinschaft der Miterben" ist[52]). Denn darüber sind sich jedenfalls alle einig: das Anteilsrecht des Miterben am Nachlaß ergibt sich, gleichgültig ob die Miterbengemeinschaft ihre Grundlage in subjektiven oder objektiven Momenten findet, als Folge aus ihr und trägt den Charakter eines selbständigen Vermögensrechts.

Beim Nachlaßkonkurs muß nun, gleichgültig ob nur ein Erbe oder eine Mehrheit von Erben vorhanden ist, zwischen der Konkursmasse und dem Gegenstand der Erbenhaftung unterschieden werden. Eine gegenständliche Übereinstimmung zwischen beiden kann zwar bestehen, notwendig ist das jedoch nicht. Ob das eine oder das andere zutrifft, bestimmt sich danach, ob die Haftung des Miterben eine beschränkte oder unbeschränkte gegenüber den Nachlaßgläubigern ist. Trifft das Letzte zu, dann wird der betreffende Gläubiger nicht auf die Konkursmasse als Objekt seiner Befriedigung beschränkt, sondern kann auch auf das nicht zur Masse gehörende Vermögen des Miterben zurückgreifen.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses führt als Mittel zur Herbeiführung der beschränkten Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1975 BGB) zu einer Sonderung des Nachlasses von dem Eigenvermögen des Erben. Als Konkursverfahren über ein Sondervermögen verlangt es eine klare Trennung zwischen den einzelnen Vermögensteilen und vor allem eine genaue Festlegung dessen, was als Konkursmasse der Verwertung in dem Verfahren zugänglich ist.

Zur Nachlaßkonkursmasse gehört das, was das Gesetz als Nachlaß bezeichnet. Dadurch kommt zum Ausdruck, daß sich der Begriff des Nachlasses im eigentlichen Sinn nicht mit dem deckt, was der Gesetzgeber als zum Nachlaß gehörend bezeichnet hat. Man unterscheidet hier

---

[50]) Endemann III 2 § 135 III b 4 S. 1007; ähnl. auch Boehmer, Erbfolge S. 44; Anteil ist das gegenständliche Substrat der Mitgliedschaftsstellung des Erben in der Rechtsgemeinschaft der Miterben.

[51]) Staudinger-Herzfelder zu § 2032 Bem. 1 S. 350; Heusler Institutionen Bd. I § 52 S. 238.

[52]) Vgl. hierzu Endemann a. a. O. S. 1007; die erste Meinung wird von Sohm, Gegenstand S. 68, Hachenburg, Vorträge S. 711, Frommhold Vorbem. 2 a zu § 2032 vertreten, während Endemann a. a. O., Kress S. 4 u. a. m. der zweiten Auffassung sind.

am besten zwischen „Nachlaß" und „Nachlaßmasse". Die Bedeutung dieser Unterscheidung rechtfertigt sich im Hinblick auf § 1978 II BGB. Die Ansprüche, die im Fall der Eröffnung des Nachlaßkonkurses auf Grund der bisherigen Verwaltung des Nachlasses gegen den Erben (bezw. die einzelnen Miterben) erwachsen sind, stehen nach § 1978 I BGB allen Nachlaßgläubigern gemeinschaftlich zu. Sie fallen mithin gar nicht in den Nachlaß im eigentlichen Sinn, sondern gehören zum Vermögen der Nachlaßgläubiger. Für die Zwecke der gemeinsamen Befriedigung der Nachlaßgläubiger gelten sie aber als zum Nachlaß gehörend und werden daher vom Konkursverwalter gegenüber den betreffenden Erben wie gewöhnliche zur Masse gehörende Ansprüche gegen einen Masseschuldner geltend gemacht. Dabei fließt das auf Grund dieser Ansprüche Geleistete in die Masse und wird durch Verteilung mit verwertet. Daraus ergibt sich, daß es sich zwar um Vermögensgegenstände der Nachlaßkonkursgläubiger handelt, diese aber mit in die Konkursmasse fallen [53]). Der Grund hierfür liegt darin, daß diese Ansprüche im Zusammenhang mit der Regelung der Nachlaßverbindlichkeiten entstanden sind und daher auch einer gemeinschaftlichen Befriedigung im Rahmen des Konkursverfahrens zugänglich gemacht werden sollen.

Bei der Miterbengemeinschaft ist es nun streitig geworden, ob und unter welchen Umständen Ansprüche auf Grund der §§ 1978 ff BGB im Falle des § 2059 I 2 BGB entstehen können. Der unbeschränkt haftende Miterbe ist nämlich nicht in der Lage, die Verweigerung der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeit aus seinem eigenen Vermögen insoweit geltend zu machen, als es sich um den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit handelt. Er ist also in dieser Höhe jetzt bereits dem Zugriff des Nachlaßgläubigers auf sein persönliches Vermögen ausgesetzt. Bei einer unbeschränkten Haftung des Erben finden aber nach § 2013 BGB die Bestimmungen des § 1978 BGB keine Anwendung. Für den unbeschränkt, aber nur anteilig haftenden Miterben stellt sich eine im Schrifttum weit verbreitete, wohl als herrschend zu bezeichnende Ansicht auf den Standpunkt, daß trotz des § 2013 I 2 BGB doch eine Haftung des Miterben nach §§ 1978/1980 BGB bestehe [54]). Den Grund findet sie darin, daß die Anwendbarkeit der §§ 1978/80 BGB dann praktisch bedeutungslos ist, wenn der Erbe ohnehin schon unbeschränkt haftet, daß diese Erwägung aber nur für den Alleinerben, nicht jedoch für den unbeschränkt, aber nur anteilig haftenden Miterben zutreffe [55]). Die hiergegen insbesondere von Binder vorgebrachten Bedenken vermögen die Richtigkeit dieser, insbesondere von Strohal, aufgestellten Ansicht nicht zu entkräften [56]). Binder erkennt allerdings ausdrücklich an, daß die Ablehnung der Anwendbar-

[53]) Seuffert, Konkursprozeßrecht 77.

[54]) Planck-Ebbecke, Vorbem. 2 zu § 2058 S. 339; Kreß, S. 136; Leonhard, zu § 2062 Bem. V S. 214; Dernburg, Bd. V § 187 N. 3; Strohal, Bd. II § 89 VIII S. 358.

[55]) Vgl. hierzu das Beispiel bei Strohal a. a. O., auf das auch Planck-Ebbecke a. a. O. zurückgreifen.

[56]) Binder, Bd. III S. 336; Staudinger-Herzfelder, zu § 2059 Bem. 1 a. E. S. 436.

keit der §§ 1978/1980 BGB zu einer Unbilligkeit und Benachteiligung der Nachlaßgläubiger führt. Er sieht hierin aber eine unvermeidliche Folge des Gesetzes und rechtfertigt diese mit der Begründung, daß „es nicht darauf beruht, daß die Erben diesem (dem Nachlaßgläubiger) nicht verantwortlich sind, sondern darauf, daß nach unzweifelhafter gesetzlicher Vorschrift die Miterben den in Frage kommenden Nachlaßgläubigern eben nicht solidarisch, sondern nur pro rata haften sollen". Damit gibt Binder zu erkennen, daß er sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht letzten Endes nur auf den Wortlaut des § 2013 I 1 BGB berufen kann [57]). Denn den Beweis für die „logisch unmögliche Deduktion" der Gegenansicht hat er damit nicht erbracht. Man muß m. E. die Auffassung von Binder ablehnen, nicht weil sie zu Unbilligkeiten führt, sondern weil sie keine zwingende Widerlegung der Ansicht darstellt, die den wegen seiner allgemeinen Fassung einer entsprechenden Auslegung zugänglichen § 2013 BGB den Grundsätzen der Billigkeit anpaßt.

Zur Masse des Nachlaßkonkurses gehört aber andererseits nicht schlechtweg der ganze Nachlaß als solcher. Denn da es sich um ein Konkursverfahren handelt, so gelten auch hier die Beschränkungen, die für jeden gewöhnlichen Konkurs durch § 1 KO aufgestellt werden. Zur Masse gehören nur die zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen pfändbaren Nachlaßgegenstände [58]). Es ist also nicht nur zu unterscheiden zwischen dem Nachlaß und dem sonstigen Eigenvermögen des Erben, sondern auch zwischen dem Nachlaß und der Nachlaßkonkursmasse. Soweit die Nachlaßgegenstände nicht gepfändet werden können, fallen sie nicht in diese [59]). Von diesen Beschränkungen abgesehen gehört das gesamte im Augenblick des Eintritts des Erbfalls vorhandene Vermögen des Erblassers zur Konkursmasse.

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, daß in dem Bestande des Nachlasses nach dem Eintritt des Erbfalls Veränderungen eingetreten sein können, die in der Zwischenzeit, also bis zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses, eine Verminderung oder Vermehrung der Nachlaßmasse hervorgerufen haben. Darin liegt eine weitere Einschränkung des Satzes, daß das zur Zeit des Eintritts des Erbfalles vorhandene Vermögen des Erblassers die Konkursmasse bilde.

In Betracht kommen hierfür vor allem die mit dem Erbfall eingetretenen Fälle der Vereinigung von Schuld und Forderung sowie Aufrechnungen. In Bezug auf die Konfusion und Konsolidation bestimmt zwar der § 1976 BGB, daß mit Eröffnung des Nachlaßkonkurses die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten. Diese Bestimmung hat aber bei Vorhandensein einer Erbenmehrheit praktisch keine Bedeutung, denn da der Nachlaß in der Hand der Erbengemeinschaft auch ohne besondere Nachlaßsonderung

---

[57]) Staudinger-Herzfelder, a. a. O. gibt das im Ergebnis auch zu, wenn er sagt, daß gegenüber der ausdrücklichen Vorschrift des § 2013 kein Grund für eine solche Ausnahme besteht.

[58]) Jaeger, Lehrb. S. 210 IV; Mentzel zu § 214 Bem. 1 a S. 610.

[59]) Für die Unpfändbarkeit usw. vgl. die Kommentare zu § 1 KO. Wichtig sind hier vor allem die Fälle der §§ 863 u. 851 I ZPO.

durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs ein Sondervermögen bildet, so kann jedenfalls bis zur Teilung zwischen ihm und dem Eigenvermögen des einzelnen Miterben keine Vereinigung eintreten.

Anders verhält es sich aber mit der Aufrechnung [60]). Zwar besagt auch hier § 1977 BGB, daß sie nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht als erfolgt anzusehen ist. Das Gesetz zieht also die Folgerung aus dem Grundsatz der Trennung des Nachlasses als Sondervermögen von dem des übrigen Vermögens der Erben. Trotzdem gibt es aber auch Fälle, in denen eine bereits vollzogene Aufrechnung weiterhin wirksam bleibt. Das trifft zunächst dann zu, wenn der Erbe eine eigene Schuld im Wege der Aufrechnung gegenüber einem Nachlaßschuldner getilgt hat oder wenn der Nachlaßgläubiger gegenüber einer persönlichen Forderung des Erben die Aufrechnung mit dessen Zustimmung vorgenommen hat. Denn die Aufrechnung, die nach § 1977 I BGB mit Zustimmung des Erben erfolgt ist, steht der durch ihn selbst vollzogenen gleich [61]). Hat sich aber der Erbe durch Aufrechnung von einer persönlichen Schuld befreit, dann kann er nach § 1978 I BGB dem Nachlaß gegenüber ersatzpflichtig werden. Diese Forderung fällt in die Nachlaßmasse. Es tritt also nur insoweit eine Veränderung ein, als anstelle eines früheren Schuldners nunmehr der Erbe selbst Nachlaßschuldner wird.

Hat aber der Erbe seine eigene Forderung im Wege der Aufrechnung für die Interessen des Nachlasses verwendet, dann müssen die Nachlaßgläubiger diese Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeit unter den Voraussetzungen des § 1979 BGB als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gegen sich gelten lassen. Der Erbe ist also in diesem Falle berechtigt, aus dem Nachlasse Ersatz zu verlangen. (§ 1978 Abs. III BGB, § 225 II KO) [62]).

Bevor auf die Gestaltung der Rechtslage bei der Miterbengemeinschaft eingegangen wird, bleibt noch folgendes zu berücksichtigen. Nach § 2013 I BGB ist § 1977 BGB unanwendbar, wenn der Erbe schlechthin für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Hat also der Nachlaßschuldner, der gleichzeitig Gläubiger des Erben ist, ohne dessen Zustimmung vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Aufrechnung erklärt, dann bleibt diese auch bei fehlender Zustimmung des Erben wirksam, wenn er allen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet [63]).

Das Gesetz hat es in diesem Fall nicht für notwendig erachtet, den sowieso schon unbeschränkt haftenden Erben noch mit einer besonderen Verantwortlichkeit für seine Tätigkeit in der Zwischenzeit zu belasten Der Grund ist, wie Boehmer mit Recht hervorhebt, einleuchtend. Er-

---

[60]) Nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann weder der Erbe eine Nachlaßforderung gegen eine eigene Verbindlichkeit (§ 1984 II BGB, § 7 KO) noch der Nachlaßschuldner eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung aufrechnen (§ 1984 BGB, § 3 KO). Vgl. hierzu Boehm S. 345. Der Grund hierfür ist in konkursrechtlichen Grundsätzen zu finden.

[61]) Jaeger, Erbenhaftung S. 55.

[62]) Planck-Flad zu § 1977 Erl. 1 S. 173.

[63]) Haftet er nur teilweise unbeschränkt, dann bleibt § 1977 BGB gemäß § 2013 II BGB trotzdem anwendbar.

satzansprüche, die den Nachlaßgläubigern auf Grund der §§ 1978 bis 1980 BGB zustehen würden, wären zwar als zum Nachlaß gehörend (§ 1978 Abs. II BGB) vom Konkursverwalter geltend zu machen. Dadurch würden auch die Nachlaßgläubiger anteilmäßig entschädigt werden, aber auf Kosten des ihrem Zugriff ja wegen der unbeschränkten Haftung sowieso unterliegenden Eigenvermögens des Erben [64]).

Trotzdem hat man aber mit Recht darauf hingewiesen, daß in der Anerkennung der Wirksamkeit dieser Aufrechnung eine Benachteiligung der Nachlaßgläubiger liegt, wenn der Erbe nicht imstande ist, einen entsprechenden Ersatz an die Nachlaßmasse zu leisten [65]).

Dennoch liegt hierin keine Besonderheit und auch keine Unbilligkeit, wenn man berücksichtigt, daß, bei einer sogar beschränkten Haftung des Erben, die von ihm erklärte Aufrechnung zwecks Befreiung von einer persönlichen Schuld ebenfalls wirksam ist und nur seine Ersatzpflicht gegenüber dem Nachlaß nach § 1978 Abs. I BGB auslöst. Wenn also hier das Risiko der Ersatzfähigkeit des Erben auf den Nachlaß abgewälzt wird, darf es nicht befremdlich erscheinen, wenn das gleiche im Fall des § 2013 Abs. I BGB eintritt.

Bei der Miterbengemeinschaft ergeben sich für die Aufrechnung Besonderheiten. Schon die Zulässigkeit der Aufrechnung selbst, die § 1977 BGB als selbstverständlich voraussetzt, bereitet Schwierigkeiten. Die Aufrechnung durch den einzelnen Miterben, der eine Forderung gegen den Nachlaßgläubiger hat, muß man für zulässig erachten. Denn die Aufrechnung ist hier nur die Form, in der der Miterbe die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit bewirkt. Da er aber selbst Schuldner ist (§ 2058 BGB), so steht es ihm frei, die Nachlaßverbindlichkeit auch im Wege der Aufrechnung zu erfüllen [66]). In diesem Fall tritt mit vollzogener Aufrechnung die Erfüllungswirkung zugunsten aller Miterben ein (§ 422 BGB) [67]). Eine Veränderung in der Nachlaßmasse tritt hierbei nur insoweit ein, als jetzt nicht mehr der bisherige Nachlaßgläubiger, sondern der aufrechnende Miterbe forderungsberechtigt ist. In diesem Fall steht dem Miterben für die in Gestalt des Verlustes seiner Forderung gemachten Aufwendungen ein Ersatzanspruch nach § 1978 Abs. III BGB zu, sofern die Voraussetzungen des § 1979 BGB erfüllt sind. Er rückt in diesem Fall an die Stelle des Gläubigers, soweit er für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht unbeschränkt haftet. (§ 225 Abs. II KO) Das ist bei der Aufrechnung seitens eines Miterben in der gleichen Weise der Fall wie bei einem Alleinerben. Die von ihm auf diesem Wege erworbene Forderung gegen den Nachlaß bleibt daher in der vollen ursprünglich für den Nachlaßgläubiger gegebenen Höhe bestehen, denn wie sich aus § 225 Abs. II KO ergibt, gehen die zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten gemachten Aufwendungen eines Erben auf Rechnung des Nachlasses. Nach § 224 Ziffer 1 KO ist dieser Anspruch Masseschuld.

---

[64]) Boehmer Erbfolge S. 167.
[65]) Boehm S. 345. Strohal § 38 N. 6 S. 261; Binder II S. 160 Anm. 105.
[66]) RGR. Komm. zu § 2040 Erl. 2.
[67]) Riesenfeld I S. 176.

Ähnlich verhält es sich in dem Fall, daß der Nachlaßgläubiger gleichzeitig persönlicher Schuldner eines Miterben ist. Die durch den Nachlaßgläubiger erklärte Aufrechnung würde zu seiner Befriedigung auf Kosten des Eigenvermögens des Miterben führen. Nach § 2058 BGB haftet dieser zwar für die Nachlaßverbindlichkeiten auch als Gesamtschuldner neben den übrigen Miterben. Diese Haftung des einzelnen Miterben kann aber der Nachlaßgläubiger in der Weise für sich in Anspruch nehmen, daß er seine Nachlaßforderung der dem Miterben gegenüber bestehenden Schuld zur Aufrechnung stellt. Diese ist also grundsätzlich zulässig. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, daß der Miterbe durch die Aufrechnung nicht schlechter gestellt werden kann, als er dem Nachlaßgläubiger gegenüber ohne die Aufrechnungsmöglichkeit stehen würde. Denn wenn der Miterbe zufällig eine zu seinem Eigenvermögen gehörende Forderung gegen einen Nachlaßgläubiger besitzt, so darf dieser Umstand nicht zu einer Erweiterung seiner Haftung führen. Wenn also die Aufrechnung durch den Nachlaßgläubiger auch grundsätzlich zulässig ist, so kann sich der Miterbe ihr gegenüber doch insoweit wehren, als ihm dies durch § 2059 Abs. I S. 1 und 2 BGB eingeräumt ist. Im Falle des § 2059 Abs. I S. 1 BGB steht daher dem Miterben das Recht zu, der Aufrechnung seitens des Nachlaßgläubigers zu widersprechen, während er dies nach § 2059 Abs. I S. 2 BGB nur insoweit vermag, als seine Forderung gegen den Nachlaßgläubiger den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Forderung des Nachlaßgläubigers gegen den Nachlaß übersteigt. Entsprechend dem Grundsatz der Geltendmachung der beschränkten Haftung muß aber der Miterbe der Aufrechnung, insoweit diese unzulässig ist, widersprechen. Tut er das nicht, oder erklärt er sich mit der Aufrechnung des Nachlaßgläubigers uneingeschränkt einverstanden, dann ist diese in vollem Umfang wirksam.

Eine Verringerung des Nachlasses im Wege der Aufrechnung kann aber nur dann eintreten, wenn durch sie eine Nachlaßforderung zum Untergang gebracht werden könnte. Diese Möglichkeit entfällt aber aus den gleichen Gründen, aus denen eine Konfusion oder Konsolidation ausgeschlossen ist. Denn da die Aufrechnung eine Verfügung über die Forderung darstellt, so kann sie nur von allen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden (§ 2040 I BGB). Die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners wird durch § 2040 II BGB ausdrücklich ausgeschlossen.

Auf der anderen Seite können nun aber auch nach dem Eintritt des Erbfalles und vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses dadurch Veränderungen in dem Bestand der Nachlaßmasse eingetreten sein, daß diese sich entweder vermindert oder vermehrt hat. Das erste ist beispielsweise der Fall, wenn der Miterbe Nachlaßmittel zur Befriedigung eines Eigengläubigers verwendet hat[68]), oder wenn aus der Masse Gegenstände veräußert worden sind, ohne daß ein entsprechender Gegenwert in den Nachlaß zurückgeflossen ist. Voraussetzung ist naturgemäß, daß soweit Verfügungen in Betracht kommen, diese auch wirksam erfolgt sind, also bei Miterben § 2040 Abs. I BGB berücksichtigt worden

[68]) Boehmer Erbfolge S. 154.

ist [69]). Eine Vermehrung des Nachlasses kann andererseits dadurch eingetreten sein, daß mit Mitteln der Erbschaft ein vorteilhafter Erwerb für diese stattgefunden oder sich auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechts ohne Zutun der Erben vollzogen hat (§ 2040 S. 1 BGB) [70]).

Hierbei ist es aber zweifelhaft, inwieweit bei der Verwendung von Nachlaßmitteln zum Erwerb von Sachen oder Forderungen tatsächlich Verminderungen des Nachlasses im Hinblick auf den durch § 2041 S. I BGB aufgestellten Grundsatz der dinglichen Surrogation überhaupt eintreten können. Die herrschende Lehre vertritt hierbei den Standpunkt, daß für den durch den Erben in der Zeit zwischen dem Eintritt des Erbfalls und der Eröffnung des Nachlaßkonkurses vollzogene Erwerb nicht ohne weiteres der Grundsatz der dinglichen Surrogation gilt. Die Vorschrift des § 2041 S. 1 BGB soll nach ihr nur für die Miterben untereinander gelten, nicht aber im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern [71]). Insoweit hat sich nach ihrer Meinung der Ausgleich lediglich nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu vollziehen [72]). Man zieht in diesem Zusammenhang § 1978 BGB als die maßgebliche Vorschrift heran.

Hierbei ist zunächst zu sagen, daß dadurch naturgemäß nicht etwa zwingend ein Erwerb durch den Erben bezw. einen oder alle Miterben für den Nachlaß ausgeschlossen ist. Für § 2041 S. I BGB ist allerdings nicht notwendig, daß der Miterbe das sich auf den Nachlaß beziehende Rechtsgeschäft für den Nachlaß und nicht für sich abschließen wollte. Die dingliche Surrogation tritt kraft Gesetzes ohne weiteres ein, wenn sich das Rechtsgeschäft seinem Inhalt und Zweck nach auf den Nachlaß bezieht [73]). Wenn aber der Erbe bei Erwerbsgeschäften in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt sogar den Willen hat, für den Nachlaß zu erwerben, dann tritt dieser Erwerb auch ohne weiteres ein [74]). Er muß es aber nach der herrschenden Lehre entsprechend § 2041 Abs. I BGB nicht ohne weiteres. Ist das zutreffend, dann ergibt sich daraus aber, daß durch die Handlungen des Erben trotz § 2041 Abs. I BGB eine Verminderung des Nachlasses herbeigeführt werden kann. Denn verwenden beispielsweise die Miterben Nachlaßgelder zum Ankauf von Sachen oder veräußern sie solche aus dem Nachlaß, dann fallen die Sachen oder die Kaufpreisforderung gegen den Käufer nicht ohne wei-

---

[69]) Die Wirksamkeit der Verfügung kann sich aber auch daraus ergeben, daß z. B. bei Geld inzwischen eine Vermischung bei dem Miterben oder einem Dritten eingetreten ist (§§ 946 ff BGB).

[70]) Beispielsweise Zinsen einer Hypothek oder sonstige Früchte irgend welcher zum Nachlaß gehörender Rechte.

[71]) Boehmer Erbfolge S. 154. Mentzel zu § 260 Bem. 1 a S. 610; Jaeger zu § 214 Anm. 26 S. 468; DJZ 1913, 1349; (OLG Karlsruhe). A. A. Dernburg Bd. III § 132 IV. Im Verhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern gilt § 1978 BGB. Haftet aber der Erbe schlechthin unbeschränkt, dann findet auch § 1978 BGB keine Anwendung (§ 2013 BGB). Die Nachlaßmasse besteht dann nur aus den bei Konkurseröffnung noch vorhandenen Nachlaßgegenständen.

[72]) Vgl. Jaeger zu § 214 Anm. 26 S. 468.

[73]) Boehmer Erbfolge S. 41.

[74]) Jaeger a. a. O. Planck Strohal zu § 1978 Erl. 2 b.

teres in den Nachlaß und können daher von dem Konkursverwalter nicht als Massegegenstände zur Konkursmasse gezogen werden. Der Konkursverwalter wäre vielmehr auf eine Geltendmachung schuldrechtlicher Ansprüche gemäß §§ 1978 Abs. II, 667, 681 BGB gegen die in Betracht kommenden Erben angewiesen, er müßte also bei der Veräußerung von Nachlaßgegenständen die Abtretung der Kaufpreisforderung verlangen und wäre erst nach der Abtretung in der Lage, den Kaufpreisanspruch gegen den Käufer selbst geltend zu machen.

Man muß nun m. E. den Standpunkt der herrschenden Lehre für richtig halten. § 1978 BGB stellt gegenüber § 2041 Abs. I BGB eine besondere Regelung für den Fall der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses dar. Hätte also der Gesetzgeber für diesen Fall noch den Grundsatz der dinglichen Surrogation Anwendung finden lassen wollen, dann hätte er das zum Ausdruck gebracht. Da aber dies weder ausdrücklich angeordnet noch neben dem schuldrechtlichen Schutz erforderlich ist, muß man es bei diesem letzten bewenden lassen [75]).

Unberührt davon bleibt natürlich die Möglichkeit einer Anfechtung nach den Vorschriften der §§ 29 ff KO bestehen, wobei noch deren besondere Erweiterung durch § 222 KO hinzutritt.

Die bisherigen Erörterungen lassen erkennen, daß zur Nachlaßkonkursmasse nicht schlechthin der ganze Nachlaß gehört und daß nach dem Eintritt des Erbfalls bis zur Konkurseröffnung Veränderungen in dem Nachlaß eintreten können, die zu einem Hinüberwechseln vom Nachlaß zum Eigenvermögen des Erben und umgekehrt führen. Wenn das Gesetz auch unverkennbar die Tendenz verfolgt, den Nachlaß so zu erhalten und notfalls wiederherzustellen, wie er beim Erbfall vorhanden war, also auch seine möglichste Sonderung von dem Eigenvermögen des oder der Erben erstrebt, so lassen sich dabei die „Haftungssonderung" und deren „rückwirkende Sicherung" restlos jedenfalls nicht durchführen [76]). Das ist auch durchaus verständlich, wenn man sich vor Augen hält, welche Vielheit von tatsächlichen Lagen und rechtlichen Beziehungen, zumal wenn es sich noch um mehrere Erben handelt, mit dem Eintritt des Erbfalles neu entstehen.

Auf jeden Fall ist aber der Grundsatz der Trennung der einzelnen Vermögensmassen vom Gesetz nach Möglichkeit durchgeführt. Dem Nachlaß und auch beim Nachlaßkonkurs die Nachlaßkonkursmasse steht das Eigenvermögen des Erben streng gesondert gegenüber. Dieses Vermögen also, das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden ist, der Zwangsvollstreckung unterliegt, dem Erben gehört, aber nicht in den Nachlaß fällt, gehört auf keinen Fall zur Masse des Nachlaßkonkurses.

Bei der Miterbengemeinschaft bleibt aber weiterhin noch der Anteil des Miterben am Nachlaß zu berücksichtigen. Während dieser nach § 2059 Abs. I S. 2 BGB nur den Maßstab für den Umfang der in das Eigenvermögen der Miterben vollstreckbaren Schuld darstellt, kommt er nach § 2059 Abs. I S. 2 BGB auch als Gegenstand der Haftung in

---

[75]) So ausdrücklich Boehmer Erbfolge S. 154.
[76]) Vgl. hierzu Boehmer Erbfolge S. 152.

Betracht[77]). Man ist sich nun darüber einig, daß der Nachlaßanteil nicht in den Nachlaß fällt, sondern zu dem Eigenvermögen des Erben gehört[78]). Sieht man dabei zunächst davon ab, daß er als ein besonderer Teil des Eigenvermögens des Miterben bei der Haftung eine gewisse Rolle spielen kann, so ergibt sich für den Nachlaßkonkurs jedenfalls soviel, daß sich nur zwei Vermögensmassen gegenüberstehen, der Nachlaß und das Eigenvermögen des Erben. Dementsprechend besteht auch die Möglichkeit, neben dem Nachlaßkonkurs gleichzeitig ein Konkursverfahren über das Eigenvermögen des Erben durchzuführen. Der Nachlaßanteil kommt als Gegenstand eines selbständigen Konkursverfahrens auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 235 KO nicht in Betracht.

§ 2. Die Nachlaßgläubiger.

Nachlaßgläubiger sind alle Gläubiger des Erben aus Nachlaßverbindlichkeiten. Die übrigen Gläubiger sind Privatgläubiger. Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören gemäß § 1967 II BGB die vom Erblasser herrührenden Schulden und die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen. Alle übrigen Verbindlichkeiten des Erben sind sog. Eigenverbindlichkeiten.

Dabei ist allerdings nicht ganz unbestritten, was im Einzelfall zu den Nachlaß- und zu den Eigenverbindlichkeiten des Erben gehört. Das Gesetz bestimmt den Begriff abgesehen von der allgemeinen Regelung im § 1967 II BGB nicht näher. Soweit es sich um die vom Erblasser herrührenden in seiner Person begründeten vererblichen Schulden handelt, bestehen im allgemeinen keine Schwierigkeiten[79]). Das ist nur dort der Fall, wo es sich um schuldrechtliche Tatbestände handelt, die sich ihrer rechtlichen Natur nach über einen längeren Zeitraum erstrecken und die von der Rechtssphäre des Erblassers nach dessen Tode in die der Erben hinüberdauern, also bei den Dauerschuldverhältnissen (Miete, Pacht, Gesellschaft usw.)[80]). Man wird hier den Zeitpunkt entscheiden lassen müssen, bis zu dem der Erbe diese Schuldbeziehungen noch als solche fortsetzt, die zu der auf ihn überkommenden Rechtssphäre (Pflichtenkomplex) des Erblassers gehören. Erst wenn der Erbe sie „in eigenem Namen und für eigene Rechnung" fortsetzt, rückt er als Eigenschuldner in das Schuldverhältnis ein und macht die sich hieraus für ihn ergebenden Verpflichtungen nunmehr zu Eigenverbindlichkeiten.

Soweit nun nur Verbindlichkeiten in Betracht kommen, die den Erben als solchen treffen und die erst nach dem Eintritt des Erbfalls zur Entstehung gelangt sind, ergeben sich Schwierigkeiten. Bei ihnen ist es nämlich zweifelhaft, inwieweit sie im einzelnen Nachlaßverbindlichkeiten oder bloße Eigenverbindlichkeiten des Erben darstellen.

---

[77]) Riesenfeld I S. 154.

[78]) Riesenfeld a. a. O.; Boehmer, Erbfolge, S. 198.

[79]) Staudinger-Herzfelder zu § 1967 Bem. 2 a S. 159; Riesenfeld I S. 159 u. 304; Breska S. 34.

[80]) Vgl. hierzu sowie für die folgenden Ausführungen Boehmer Erbfolge S. 121 ff.

Es ist nun möglich, daß eine Verbindlichkeit des Erben gleichzeitig Nachlaß- und Eigenverbindlichkeit ist. So kann beispielsweise der Erbe für eine Schuld des Erblassers bei dessen Lebzeiten sicherungshalber ein Wechselakzept gegeben oder sich selbst in irgend einer Form persönlich verpflichtet haben. Die Rechtslage erscheint hier insofern einfach, als nach außen hin zwei verschiedene Rechtsgründe für die Haftung gegeben sind.

Anders liegt der Fall aber, wenn der Erbe selbst ein Rechtsgeschäft vornimmt, das sich auf den Nachlaß bezieht und das seiner Natur nach geeignet ist, eine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen. Zweifelhaft ist es hier, ob damit gleichzeitig eine Eigenverbindlichkeit des Erben begründet werden kann und wie sich in diesem Fall die Rechtslage in Bezug auf die Haftung gestaltet. Praktisch wird das für die Rechtsgeschäfte des Erben, die für den Nachlaß abgeschlossen werden und falls ein Dritter sie vornehmen sollte, ohne Zweifel eine Nachlaßverbindlichkeit auslösen würden [81]). Die Sachlage ist hierbei nicht so zu verstehen, daß neben die Nachlaßverbindlichkeit eine auf einem besonderen Rechtsgut beruhende, zweite Verpflichtung des Erben tritt. Es wird vielmehr nur eine Verpflichtung begründet. Diese besitzt aber die Eigenschaft sowohl einer Nachlaß- als auch einer Eigenverbindlichkeit des Erben [82]).

Es ist das Verdienst Boehmers, diese besondere Art einer Nachlaßverbindlichkeit, die praktisch von weittragender Bedeutung ist, zum Gegenstand systematischer Untersuchungen gemacht zu haben [83]). Dadurch ist aber nicht nur eine in der Gruppierung der Nachlaßverbindlichkeiten bisher bestehende Lücke geschlossen, sondern gleichzeitig auch ein Weg gezeigt worden, die erbrechtliche Haftung unter neuen dem modernen Rechtsempfinden angepaßten Gesichtspunkten funktioneller Rechtsgestaltung zu beleuchten.

Bevor nun auf die Kernfrage nach der Nachlaß-Erbenschuld und ihrer Bedeutung im Rahmen des Nachlaßkonkurses näher eingegangen werden kann, ist folgendes zu sagen:

Verbindlichkeiten, die der Erbe auf Grund der Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, sollen nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung überhaupt keine Nachlaßverbindlichkeit begründen, weil der Nachlaß, solange er von dem übrigen Vermögen nicht gesondert sei,

---

[81]) Der Hauptfall ist § 1968, wenn nämlich der Erbe selbst die für die Beisetzung erforderlichen Bestellungen vornimmt, oder wenn er einen Notar bezw. Gerichtsvollzieher zu der Aufnahme eines Inventars hinzuzieht (OLG 26, 292). Vgl. hierzu Strohal Bd. II S. 181. Boehmer Erbfolge S. 118 ff hat erstmalig eine systematische Aufstellung der in Betracht kommenden Fälle gegeben. Er weist besonders auf die „Nachlaßkostenschulden" (§ 224 KO) hin, sowie auf den in Verwaltung des Nachlasses durch den Erben vorgenommenen Verkauf von Erbschaftsgegenständen (RGZ 112, 129) und die im Interesse des Nachlasses erfolgte Aufnahme eines Darlehns seitens des Erben (RGZ 90, 91).

[82]) Boehmer, Erbfolge, S. 119 spricht von der „Mischform einer Nachlaß-Erbenschuld".

[83]) Boehmer in Erbfolge S. 117 ff und in Festgabe für das RG Bd. III, vor allem S. 261 ff.

mit diesem zusammen eine Einheit bilde. Für dieses sein Vermögen handele aber der Erbe bei Rechtsgeschäften der genannten Art und begründe damit nur eine Eigenverbindlichkeit[84]). Dem steht aber entgegen, daß die Natur einer Nachlaßverbindlichkeit sich jedenfalls zum Teil nach objektiven Gesichtspunkten bestimmt. Die Regelung im geltenden Recht geht gerade dahin, den Nachlaß zusammen mit dem Eigenvermögen des Erben nicht in jeder Hinsicht als Einheit zu behandeln. Die entgegengesetzte Meinung will nun in diesen Verpflichtungen nur eine Nachlaßverbindlichkeit sehen[85]). Im Gegensatz zu beiden Lehren nimmt die im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung überwiegend vertretene Auffassung einen vermittelnden Standpunkt ein. Sie erkennt an, daß der Erbe den „Nachlaß" und sich gleichzeitig auch persönlich verpflichten könne[86]). Dem ist im Ergebnis beizupflichten.

Denn damit allein wird man dem Grundsatz gerecht, daß der Nachlaß ein Sondervermögen bildet, das als solches zwar demselben Rechtsträger zusteht, aber im Interesse der Nachlaßgläubiger und auch des Erben teilweise als selbständige Vermögensmasse behandelt wird. Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß die Begründungen, die sowohl von der herrschenden Lehre als auch ihren Gegnern hierfür gegeben werden, sowie die konstruktive Einstellung, aus der heraus die Schwierigkeiten gelöst werden sollen, die Kernfrage nicht erschöpfen und teilweise Bedenken unterliegen.

Vor allen Dingen bedarf es einer Klarstellung, wann man überhaupt von einer Nachlaßverbindlichkeit, die gleichzeitig eine Eigenverbindlichkeit des Erben begründet, sprechen kann.

Wie sich aus dem Begriff „Nachlaß-Erbenschuld" ergibt, stellt diese eine Verbindung einer Nachlaßverbindlichkeit mit einer Eigenverbindlichkeit des Erben dar. Sie ist, wie unten noch zu zeigen sein wird, von einer reinen Nachlaßverbindlichkeit, für die der Erbe lediglich unbeschränkt haftbar geworden ist, scharf zu scheiden. Der Gegensatz wird im Schrifttum teilweise nicht mit der erforderlichen Schärfe aufgezeigt. Auf jeden Fall wirkt es zum mindesten mißverständlich, wenn mit der Frage, ob der Erbe in dieser Eigenschaft gleichzeitig auch aus einem eigenen Rechtsgeschäft oder einem sonstigen persönlichen Haftungsgrund verpflichtet werden kann, die Haftungsbeschränkung in unmittelbaren Zusammenhang gebracht wird[87]).

Zur Charakterisierung des Wesens der „Nachlaß-Erbenschuld" ist von der reinen Nachlaßverbindlichkeit, wie sie in Gestalt der Erblasserschuld (z. B. der Erblasser hatte bei Lebzeiten ein Darlehn aufgenom-

---

[84]) Eccius, bei Gruch. 51, 567 u. 52, 811; ferner Zahn, S. 30 ff, vor allem S. 32.

[85]) Binder II, 46 allerdings nur für solche Geschäfte, zu deren Vornahme der Erbe verpflichtet ist. Vgl. jetzt Binder, in Enz. (1930) S. 71; Staudinger-Herzfelder folgt jetzt im Grundsatz der h. L. (vgl. zu § 1967 Bem. 2 b S. 161).

[86]) Planck-Flad zu § 1967 a. a. O.; Komm. v. RGR zu § 1967 Erl. 3 S. 61; Staudinger-Herzfelder zu § 1967 a. a. O.; Kipp, § 73 II 2 S. 239; Boehmer, Erbfolge, S. 119/20; RGZ 90, 91 ff; KG in OLG 26, 292 ff; Strohal, § 70 N. 10 b; vgl. auch RGZ 112, 129.

[87]) Das macht beispielsweise Kipp Lehrb. § 73 II 2 S. 239.

men) am klarsten in Erscheinung tritt, auszugehen. Hier handelt es sich um einen eine Verbindlichkeit in der Person des Erblassers zur Entstehung bringenden Verpflichtungstatbestand, durch den ein Schuldgrund erzeugt wird. Mit dem Eintritt des Erbfalles geht nun nach § 1922 BGB das Vermögen des Erblassers auf den Erben über. Die Auffassungen darüber, ob zum Vermögen auch die Verbindlichkeiten des Erblassers gehören, sind zwar geteilt [88]). Aber auch diejenigen, die das grundsätzlich verneinen, wollen damit nicht in Abrede stellen, daß der Erbe in die in der Person des Erblassers bereits begründeten Verbindlichkeiten als Schuldner einrückt. Sie nehmen nur an, daß der Eintritt in diese Verbindlichkeiten keine notwendige Folge des Vermögensüberganges enthält, sondern kraft ausdrücklicher Regelung in § 1967 BGB zu dem Übergang der Berechtigungen auf den Erben hinzutritt [89]). Hierbei ist aber für das Einrücken des Erben in die Verpflichtung des Erblassers wesentlich, was unter der Bestimmung des § 1967 BGB, daß der Erbe „für die Nachlaßverbindlichkeiten" haftet, zu verstehen ist. Irrig ist es, hierin nur einen Ausdruck dafür zu finden, daß der Nachlaß als das auf den Erben übergegangene Vermögen nunmehr der Haftung im Sinne eines Zugriffsrechtsobjektes des Nachlaßgläubigers unterworfen ist. Wie Boehmer hier zutreffend ausführt, ist nicht die Vermögenshaftung das Primäre, sondern der Übergang der Schuld, denn „die Haftung steht nur im Dienste der Schuld und ist von ihr inhaltlich und umfanglich abhängig" [90]). Erst dadurch, daß der Erbe in die Leistungspflicht des Erblassers einrückt, wird die Frage der Haftung ausgelöst. Der Eintritt in die Leistungspflicht folgt aber nicht aus § 1922 BGB, sondern ergibt sich zwangsläufig aus § 1967 BGB. Da der Erbe aber nunmehr leistungsverpflichteter Schuldner ist, so haftet er für diese Schuld auch mit seinem Vermögen, also nicht nur mit dem ererbten, sondern, von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung abgesehen, auch mit dem Eigenvermögen [91]). Hieraus ergibt sich aber auch, daß durch die „Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten" zum Ausdruck kommt, daß dem Erben bei einer Nachlaßverbindlichkeit eine „Schuld" im Sinne einer Leistungsverpflichtung obliegt. Eine „Schuld" liegt also auf Seiten des Erben zunächst bei einer reinen Nachlaßverbindlichkeit vor.

Dabei ist es aber unerheblich, ob die Nachlaßverbindlichkeit aus einer Verpflichtung des Erblassers oder einer sogenannten Nachlaßkostenschuld des Erben selbst herrührt. Denn wenn es sich auch gerade bei den Nachlaßkostenschulden in vielen Fällen um eine Nachlaß-Erbenschuld handeln wird [92]), so braucht dies jedoch nicht der Fall zu sein. Die Nachlaßkostenschuld ist auch, wenn sie durch Handlungen des Erben begründet wird, nicht identisch mit der Nachlaß-Erbenschuld. Denn hat der Erbe nach außenhin erkennbar mit dem Willen gehandelt,

---

[88]) Bejaht wird dies von Strohal I § 1; Schwarz, im Arch. f. bürg. R. 32, 54 ff; Cosack, § 23 III u. IV; v. Tuhr I, 324 ff; Planck-Flad, zu § 1922 Erl. 2 a β s 15 u. a. m. (h. L.). A. A. Binder, Bd. I, 7 ff; Hellwig, Rechtskraft S. 310 ff; Kipp,Lehrb. § 1 III S. 5; Enneccerus-Nipperdey, § 124 I 2.

[89]) Vgl. hierzu besonders Boehmer, Erbfolge S. 97, 98 und Kipp a. a. O.

[90]) Vgl. zu diesen ganzen Ausführungen Boehmer in Erbfolge S. 94 ff.

[91]) Boehmer a. a. O. S. 98.

[92]) Vgl. hierzu Boehmer, Erbfolge S. 118/119.

nur als Verwalter des Nachlasses aufzutreten und war der Gegner hiermit einverstanden, dann ist dadurch die Begründung einer Eigenverbindlichkeit des Erben ausgeschlossen [93]).

Daraus ergibt sich nunmehr für die Nachlaß-Erbenschuld folgende Rechtslage. Soweit es sich bei ihr um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt, ist der Erbe auf Grund der ihn treffenden Leistungsverpflichtung Schuldner des Gläubigers. Dazu tritt aber noch die ihn in Gestalt der Erbenschuld treffende Verpflichtung. Beide können entweder gleichzeitig entstehen oder die Verpflichtung aus der Erbenschuld kann nachträglich zu der von dem Erblasser auf ihn übergegangenen Leistungsverpflichtung hinzutreten. Das Erste kann beispielsweise bei sogenannten Kostenschulden der Fall sein, das Letztere trifft zuweilen beim Einrücken des Erben in Dauerschuldverhältnisse des Erblassers zu. Vom Standpunkt des Verpflichtetseins gesehen besteht also kein Unterschied zwischen einer Nachlaßverbindlichkeit, für die der Erbe unbeschränkt haftet, und dem hier in Betracht kommenden Fall einer Nachlaßverbindlichkeit, die in der Person des Erben gleichzeitig eine Eigenverpflichtung zur Entstehung bringt.

Andererseits kann es sich aber auch, wie sich teilweise bereits aus den oben gemachten Ausführungen ergibt, um kein Problem des Verhältnisses von Schuld und Haftung handeln. Denn ungeachtet des Streites darüber, ob zwischen beiden ein begrifflicher Gegensatz besteht oder nicht, erkennen auch diejenigen, die das grundsätzlich leugnen, für § 1967 BGB eine Ausnahme an. Die Gegenüberstellung der Haftung als dem Unterworfensein des Vermögens oder bestimmter Teile unter den Vollstreckungszugriff des Gläubigers und der Schuld als einer Leistungsverpflichtung ist hier jedenfalls gerechtfertigt, weil die Haftung eine beschränkte sein kann. Für diesen Fall wird aber mit Recht anerkannt, daß, soweit die Haftungsbeschränkung durchzugreifen vermag, auch die Möglichkeit des Bestehens einer Schuld ohne Haftung gegeben ist [94]). Ist aber der Erbe für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt haftbar geworden, dann decken sich sogar Schuld und Haftung wie bei einer Eigenverbindlichkeit des Erben.

Trotzdem zeigt gerade der Nachlaßkonkurs, daß man die rechtlichen Schwierigkeiten, die sich bei der Unterscheidung zwischen einer reinen Nachlaßverbindlichkeit, für die der Erbe unbeschränkt haftbar geworden ist und einer solchen, die gleichzeitig eine Eigenverbindlichkeit des Erben begründet, nicht ohne weiteres dadurch umgehen kann, daß man die Grenze zwischen beiden zugunsten der letztgenannten verwischt und die Frage rein vom Haftungsgesichtspunkt aus betrachtet [95]).

Im Erbenkonkurs sind die Nachlaßgläubiger auf diejenigen Rechte beschränkt, die ihnen zukämen, falls der Nachlaß nichts anderes darstellen würde als einen Bestandteil der Erbenkonkursmasse, der ihrer abgesonderten Befriedigung unterliegt. Das trifft auch für die Gläubiger

---

[93]) Boehmer, Erbfolge, S. 119—120.

[94]) Enneccerus-Lehmann, § 2 III 3 e S. 12.

[95]) Das trifft besonders für die Ausführungen von v. Staudinger-Herzfelder, § 1967 Bem. II 2 b S. 160/61 und Planck-Flad zu § 196 Erl. 6 S. 134/5 zu.

zu, wenn der Erbe unbeschränkt haftet[96]). Diese sind zwar berechtigt, ihre ganze Forderung im Konkurs des Erben anzumelden, sie wird aber nur insoweit berücksichtigt, als im Nachlaßkonkurs ein Ausfall erfolgt ist[97]). Kann dessen tatsächliche Höhe aber bis zur Schlußverteilung im Erbenkonkurs nicht nachgewiesen werden, dann bleibt diese Forderung überhaupt unberücksichtigt (§§ 153, 156 KO). Die entsprechenden Beträge werden für die übrigen Gläubiger im Erbenkonkurs frei[98]). Haftet der Erbe aber dem betreffenden Nachlaßgläubiger zugleich aus einem besonderen Rechtsgrunde, also wie einem Eigengläubiger, dann finden nicht §§ 234, 64 KO, sondern der Grundsatz des § 68 KO Anwendung[99]). Der Gläubiger ist also im Gegensatz zu § 234 KO berechtigt, in jedem Konkursverfahren die zur Zeit seiner Eröffnung noch ausstehende Forderung bis zur vollen Befriedigung ihrem gesamten Betrage nach geltend zu machen.

Als Beispiele eines besonderen Rechtsgrundes werden dabei allerdings immer nur Fälle angeführt, in denen ein von der Nachlaßverbindlichkeit verschiedener, rechtlich selbständiger Schuldgrund gegeben ist, wie die Eingehung einer Wechselverpflichtung, die Bürgschafts- und Schuldübernahme für eine Nachlaßverbindlichkeit durch den Erben[100]). Fraglich ist jedoch, ob man ihnen den Fall der Nachlaßerbenschuld nicht gleichstellen muß. Denn ein von der Nachlaßverbindlichkeit losgelöster Rechtsgrund liegt bei Rechtsgeschäften, die sowohl eine Nachlaß- als auch eine Eigenverbindlichkeit des Erben begründen, nicht vor, jedenfalls tritt eine Zweiteilung nach außen hin nicht ohne weiteres erkennbar in Erscheinung. Boehmer lehnt daher auch eine vollkommene Gleichstellung ab, wie sich aus seinen Ausführungen über die „Nachlaß-Erbenschuld" ergibt. Er spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich davon, daß in einem Sonderfall die solidarische Haftung des Erbenvermögens zu einer subsidiären Ausfallhaftung abgeschwächt wird, nämlich dann, wenn neben der Nachlaßverwaltung oder dem Nachlaßkonkurs gleichzeitig ein getrennter Konkurs über das Eigenvermögen des Erben stattfindet (§§ 234, 64 KO)[101]). Damit gibt Boehmer also zu erkennen, daß er stets § 234 KO und nicht § 68 KO anwenden will und daß jedenfalls insoweit die „Nachlaß-Erbenschuld" anders behandelt werden muß als eine Nachlaßverbindlichkeit, für die sich der Erbe noch durch einen besonderen Rechtsgrund verpflichtet hat.

Dem könnten jedoch Bedenken entgegenstehen. Es erscheint fraglich, ob nicht e i n Rechtsgeschäft, das sich auf z w e i verschiedene Vermögensmassen bezieht, in diesem Zusammenhang seinen Charakter als

---

[96]) § 234 I KO gilt überhaupt nur, soweit der Erbe Nachlaßgläubigern bereits vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses unbeschränkt haftete, denn die Eröffnung des Erbenkonkurses gewährt den Gläubigern, bei denen eine beschränkte Haftung besteht, kein Recht auf Befriedigung aus dem Eigenvermögen des Erben (Mentzel, zu § 234 Bem. 1 S. 637.)

[97]) Mentzel, a. a. O.

[98]) Jaeger, Erbenhaftung, S. 101/2 und Petersen-Kleinfeller, S. 483, 4. Boehmer, Erbfolge S. 83/84.

[99]) Jaeger, zu § 234 Anm. 7 S. 543; RGZ 74, 234.

[100]) Jaeger a. a. O.

[101]) Boehmer, Erbfolge S. 116.

einheitliches Geschäft verlieren muß. Entscheidend wäre hierfür nicht, ob nach außen hin ein von der Nachlaßverbindlichkeit getrennter selbstständiger Schuldgrund geschaffen wird, aus dem heraus der Erbe persönlich verpflichtet ist. Legt man dem Begriff der „Nachlaß-Erbenschuld" eine weitergehende Bedeutung bei als die, daß nicht nur die Haftung mehrerer Vermögensmassen desselben Rechtssubjekts für e i n e Verbindlichkeit gekennzeichnet wird, dann müßte man sagen, daß dasselbe Rechtsgeschäft den Erben wie durch zwei selbständige Schuldgründe verpflichtet erscheinen läßt. Er würde es dann nicht nur in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern auch wie ein gewöhnlicher Dritter abschließen, mag auch zivilrechtlich ein- und derselbe Verpflichtungstatbestand gegeben sein. Die Rechtslage wäre dann so zu beurteilen, als ob ein doppelter Verpflichtungstatbestand vorhanden ist.

Für die begriffliche Erfassung der Nachlaß-Erbenschuld vertritt nun Boehmer m. E. mit Recht den Standpunkt, daß es sich nicht um zwei selbständige Verbindlichkeiten handelt, sondern daß nur eine Verbindlichkeit vorliegt, die aber zwei Schuldgründe hat, und für die daher auch zwei „Haftungen" bestehen. Er spricht in diesem Zusammenhang davon, daß „der doppelten Natur des Schuldgrundes — Erbfolge und Eigenhandlung des Erben — auch eine Doppelung der rechtlichen Haftungsgarantie entsprechen müßte"[102]. Er sieht ihre Eigenart in einer solidarischen Doppelhaftung von Nachlaß und Erbenvermögen, wie sie sonst nur in dem Sonderfall für die Nachlaßgläubiger begründet wird, daß nach Verlust des Haftungsbeschränkungsrechts des Erben eine Liquidation des Nachlasses stattfindet[103]. Die Richtigkeit dieser Ansicht findet ihre Bestätigung darin, daß der Zweck der Nachlaß-Erbenschuld nur darauf gerichtet ist, eine Leistungsverpflichtung des Erben zu begründen, für die die Frage der Haftungsbeschränkung begrifflich überhaupt nicht aufgeworfen werden kann. Die gleichzeitige Haftung zweier Sondervermögen auf Grund eines einheitlichen äußeren Tatbestandes, der der Befriedigung desselben rechtlichen und wirtschaftlichen Zweckes dient, bedeutet nicht etwa eine Häufung von Verbindlichkeiten. Mehrere Verbindlichkeiten würden in diesem Fall zumindestens einen verschiedenen Inhalt erfordern, mögen sie auch beide im Ergebnis zur Erreichung des gleichen Zieles begründet worden sein. Es ist aber unvorstellbar, daß es sich bei der Nachlaß-Erbenschuld um zwei Verbindlichkeiten handeln könnte. Denn welche rechtliche Form und welchen Inhalt sollte hier die Erbenschuld als selbständige Verbindlichkeit besitzen? Man kann daher nur sagen, daß eine Verbindlichkeit vorliegt, die zwei Haftungen auslöst, die beide in wechselseitiger Beziehung zueinander stehen und dem Nachlaßgläubiger die weitestreichende Haftungsgarantie, die er gegenüber dem Schuldner selbst erreichen kann, gewähren soll.

Aus dieser rechtlichen Struktur der Nachlaß-Erbenschuld folgt somit, daß der Erbe, wenn er den Nachlaßgläubiger aus seinem eigenen Vermögen befriedigt hat, berechtigt ist, im Falle einer Nachlaßliquidation aus der Nachlaßmasse Ersatz zu verlangen. Das ergibt sich ohne

---

102) In Festgabe für das RG Bd. III, S. 264.
103) Boehmer, Erbfolge S. 114 (wörtlich).

weiteres aus dem Wesen der Nachlaß-Erbenschuld als einer Nachlaßverbindlichkeit, die lediglich mit einer doppelten Haftungsgarantie ausgestattet ist. Die Doppelung der Haftung ist aber im Interesse des Gläubigers, nicht des Nachlasses gegeben. Im Verhältnis zwischen dem Erben und seinem Eigenvermögen und dem Nachlaß ist die Nachlaß-Erbenschuld eine Nachlaßschuld, deren Befriedigung aus dem Erbenvermögen durch Zahlung oder Aufrechnung des Erben oder durch Vollstreckung oder Aufrechnung des Gläubigers in gleicher Weise einen Rückgriffanspruch des Erben gegen den Nachlaß begründet wie wenn er eine gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit aus eigenen Mitteln erfüllt. Er kann also unter den Voraussetzungen der §§ 1978 Abs. III, 1979 BGB aus dem Nachlaß Ersatz verlangen. Hat er daher die Verbindlichkeit vor der Annahme der Erbschaft berichtigt, so stehen ihm Ansprüche gegen die Nachlaßmasse nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 684 BGB) zu, bei Erfüllung nach der Erbschaftsannahme bestimmen sich diese nach § 670 BGB [104]). Erforderlich ist allerdings, daß der Erbe bei der Befriedigung annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßschulden ausreichen werde: nur dann hat er einen vollen Ersatzanspruch, den er im Nachlaßkonkurse nach § 224 Z. 1 KO als Massegläubiger geltend machen kann. Andernfalls kann er nur soviel aus dem Nachlaß verlangen, als in der Nachlaßliquidation auf die befriedigte Forderung entfallen wäre: im Nachlaßkonkurse in der Form, daß er die Forderung des Gläubigers an dessen Stelle geltend macht (§ 225 III KO) [105]). Hat der Erbe die Forderungen noch nicht befriedigt, so tritt dadurch kein Fortfall, sondern nur eine inhaltliche Änderung seiner Ansprüche gegen den Nachlaß ein. Er ist jetzt berechtigt, Befreiung von seiner persönlichen Verbindlichkeit zu verlangen [106]).

Bei einem Zusammentreffen von Nachlaßkonkurs und Erbenkonkurs ist die Rechtslage bei der „Nachlaß-Erbenschuld" so zu verstehen, daß für das Konkursverfahren nur eine Verbindlichkeit vorliegt, diese aber zwei Schuldgründe umfaßt. Der Erbe erscheint hierbei zweimal als Verpflichteter und zwar „nach Art einer Gesamtschuld" [107]). Die Nachlaßverbindlichkeit wird also nicht lediglich zu einer solchen umgestaltet, für die der Erbe unbeschränkt haftet, sodaß nunmehr die Haftung dem vollen Umfang der Schuld entspricht, sondern der Nachlaß-Erbenschuld als e i n e r Verbindlichkeit liegt, soweit es sich um die persönliche Verpflichtung des Erben handelt, ein zweiter Schuldgrund zugrunde. Dieser verträgt begrifflich keine Haftungsbeschränkung, da es sich insoweit garnicht um eine Nachlaß- sondern eine Eigenverbindlichkeit des Erben handelt. Bei ihm decken sich daher von vornherein Schuld und Haftung [108]).

---

[104]) Kom. v. RGR. § 1978 Erl. 5. Boehmer, Erbfolge S. 115.
[105]) Boehmer S. 115.
[106]) Boehmer S. 119.
[107]) So Komm. v. RGR zu § 1967 Erl. 3 S. 61. Vgl. auch Boehmer, Erbfolge, S. 115.
[108]) Vgl. hierzu Boehmer a. a. O.

Beim Vorhandensein mehrerer Erben ergeben sich für die Feststellung, wer Nachlaßgläubiger ist, grundsätzlich keine Besonderheiten. Auch hier gilt der Satz, daß Nachlaßgläubiger alle Gläubiger der Erben aus Nachlaßverbindlichkeiten sind. Ein Unterschied tritt nur darin in Erscheinung, daß zwischen den einzelnen Nachlaßverbindlichkeiten unterschieden werden muß. Diese können gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeiten sein und daher alle Miterben betreffen (§ 2058 BGB) oder sie sind es nicht. In diesem Fall werden von ihnen nur einzelne Miterben betroffen, einer oder mehrere, keinesfalls aber alle[109]). Zu den Nachlaßverbindlichkeiten der letztgenannten Art gehören beispielsweise Auflagen und Vermächtnisse, die nur dem Erbteil eines oder mehrerer Erben, nicht aber denen aller Erben auferlegt sind[110]). Soweit sie mehrere Miterben betreffen, sind sie aber unter diesen wieder gemeinschaftliche[111]).

Danach kommen bei der Erbenmehrheit folgende Arten von Nachlaßverbindlichkeiten in Betracht:

I. Reine Nachlaßverbindlichkeiten.
   1.) Gemeinschaftliche.
   2.) solche, die nur einen einzelnen oder mehrere Miterben, nicht aber alle betreffen.

II. Nachlaßverbindlichkeiten, die gleichzeitig Eigenverbindlichkeiten sind, und zwar:
   1.) aller Miterben,
   2.) eines einzelnen oder mehrerer, nicht aber aller Miterben.

III. Reine Eigenverbindlichkeiten des einzelnen Miterben.

Derjenige, der als Gläubiger hiernach in Betracht kommt, braucht nun, soweit es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt, nicht immer ein Dritter zu sein. Auch der Erbe selbst kann die Stellung eines Nachlaßgläubigers einnehmen. Das gilt nicht nur für die Ansprüche, die dem Erben schon vor dem Erbfall gegen den Erblasser zustanden, sondern auch für die, die dem Erben erst aus Besorgung erbrechtlicher Geschäfte erwachsen sind[112]). Praktische Bedeutung kommt dem allerdings erst zu, wenn Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs angeordnet worden sind, da anderenfalls die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Erben zum Untergang der Ansprüche des Erben führt (§§ 1976, 1991 Abs. I und II BGB). Bei der Miterbengemeinschaft kann diese Wirkung aber erst nach der Teilung eintreten. Denn da der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben ist,

---

[109]) Planck-Flad zu § 1967 Erl. 3 S. 133.

[110]) Staudinger-Herzfelder zu § 2058 Bem. 1 S. 431; Leonhard zu § 2059 Bem. 3.

[111]) Staudinger-Herzfelder a. a. O.; Planck-Strohal zu § 2058 Erl. 1 S. 340 und jetzt auch Komm. v. RGR zu § 2058 Erl. 1 S. 172, der früher unter Berufung auf den nur für das Innenverhältnis maßgeblichen § 2046 II eine anteilige Haftung annahm. Leonhard zu § 2058 Erl. III.

[112]) Riesenfeld, Bd. I, S. 64.

kann zwischen ihm als Sondervermögen und dem sonstigen Vermögen des Erben keine Vereinigung eintreten[113]). Wenn auch die Erbengemeinschaft keine selbständige Rechtspersönlichkeit darstellt, so hindert doch die gesamthänderische Gebundenheit der im Nachlaß liegenden Rechte eine Konfusion im Verhältnis zum einzelnen Erben.

Der einzelne Erbe kann auf jeden Fall Nachlaßgläubiger sein, unbekümmert darum, ob nur ein Erbe vorhanden ist oder eine Erbenmehrheit vorliegt. Bei der Miterbengemeinschaft ergibt sich nur die Besonderheit, daß der einzelne Miterbe entweder im Verhältnis zu allen übrigen oder gegenüber einem einzelnen oder mehreren Miterben die Eigenschaft eines Nachlaßgläubigers besitzen kann. Dieses ist der Fall, wenn es sich um eine nur einem einzelnen oder mehreren Miterben obliegende Nachlaßverbindlichkeit handelt, jenes, wenn sie alle Miterben gemeinschaftlich betrifft[114]).

§ 3. Die Nachlaßkonkursgläubiger.

Die Nachlaßgläubiger sind gleichzeitig auch Nachlaßkonkursgläubiger. Das schreibt § 226 I KO ausdrücklich vor, wenn er bestimmt, daß in dem Konkursverfahren j e d e Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht werden kann[115]). Aus § 225 I KO ergibt sich nun zwar, daß der Erbe Nachlaßgläubiger sein kann, nicht aber unmittelbar, daß er auch gleichzeitig im Konkurs über den Nachlaß als Gläubiger zu berücksichtigen ist. Diese Bestimmung sollte in der Hauptsache nur Zweifel in der Hinsicht ausschließen, ob der Erbe als Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurs auch gleichzeitig als Gläubiger von Ansprüchen gegen den Erblasser auftreten kann[116]). Durch § 225 I KO sollte aber nicht bestimmt werden, daß eine bestimmte Art von Nachlaßverbindlichkeiten, nämlich die Schulden des Erblassers gegenüber den Erben, im Nachlaßkonkurs Berücksichtigung finden sollten. Das ergibt die Tatsache, daß § 226 I KO diese Bestimmung unmittelbar trifft.

Dabei ist aber auch der Miterbe, soweit er Gläubiger aus einer Nachlaßverbindlichkeit ist, berechtigt, als Konkursgläubiger am Verfahren teilzunehmen. Das gilt nicht nur für gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeiten sondern auch, wenn sie nur einzelne Miterben betreffen[117]). Dieses folgt aber nicht ausschließlich aus dem durch die Festsetzung der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben (§ 2058 BGB) vom Gesetz aufgestellten Grundsatz der „Schuldengemeinschaft" bei der Erbenmehrheit[118]). Denn handelt es sich nicht um eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit, so trifft die gesamtschuldnerische

---

[113]) Riesenfeld, Bd. I, S. 155.

[114]) Staudinger-Herzfelder zu § 2058 Bem. 1, S. 431; Kreß a. a. O., S. 102. Z. B.: Vermächtnisse und Auflagen, die zugunsten eines Miterben bestehen und alle Miterben oder nur einzelne belasten.

[115]) Also auch die zu Gunsten des Erben bestehende § 2150 BGB.

[116]) Jaeger zu § 225 Anm. 1, S. 506/7.

[117]) Jaeger, Erbenhaftung, S. 25, Anm. 10; Staudinger-Herzfelder, zu § 2058, Bem. 4, S. 432.

[118]) So Jaeger a. a. O.

Haftung nur die Miterben, denen die betreffende Nachlaßverbindlichkeit gemeinschaftlich ist. Die Übrigen haften überhaupt nicht [119]).

Auch die Einschränkung des Zugriffsrechts des Gläubigers vor der Teilung des Nachlasses durch § 2059 BGB bildet keine hinreichende Rechtfertigung. Nach § 216 Abs. II KO kann ja der Nachlaßkonkurs bei der Erbengemeinschaft auch noch nach der Teilung durchgeführt werden. Dann greift aber der Grundsatz des § 2058 BGB durch, es besteht eine, wenn auch nach §§ 2060, 2061 BGB vielfach eingeschränkte gesamtschuldnerische Haftung der Miterben. Die Berücksichtigung dieser Nachlaßverbindlichkeiten im Konkurse der Erbengemeinschaft folgt vielmehr unzweideutig aus der Fassung des § 226 Abs. I KO. Denn da die Konkursordnung den Miterbenkonkurs, von einzelnen Bestimmungen abgesehen (vergl. §§ 216 Abs. II, 217 Abs. I, 230, 235), jedenfalls nicht zusammenhängend besonders geregelt hat, so haben die für den Nachlaßkonkurs schlechthin gegebenen Vorschriften auch für ihn Geltung. § 226 KO ist daher nicht nur so zu verstehen, daß er auch die Nachlaßverbindlichkeiten berücksichtigt wissen will, bei denen die Teilnahmeberechtigung auf Grund der gewöhnlichen Konkursvorschriften zweifelhaft oder gar ausgeschlossen erscheinen würde [120]). Man muß ihn vielmehr dahin auslegen, daß er auch alle Unklarheiten über Verbindlichkeiten, bei denen die Berücksichtigung im Nachlaßkonkurs wegen ihrer Richtung gegen einzelne Miterben fraglich erschien, beseitigen wollte.

Keine Nachlaßkonkursgläubiger sind aber die Privatgläubiger der einzelnen Miterben. Ihnen kann der Nachlaßkonkurs nur mittelbar insofern zugute kommen, als der Gemeinschuldner (Erbe) die Stellung eines Nachlaßkonkursgläubigers im Konkurs der Erbenmehrheit einnimmt und die auf seine Forderung entfallende Dividende nunmehr in die Erbenkonkursmasse fällt. Daß aber der einzelne Nachlaßkonkursgläubiger gleichzeitig Privatgläubiger der Miterben sein und insoweit eine Doppelstellung inne haben kann, ist bereits oben gesagt worden [121]).

Die Einteilung der Nachlaßgläubiger im Nachlaßkonkurs weist bei dem Vorliegen einer Miterbengemeinschaft gegenüber dem Fall, daß nur ein Erbe vorhanden ist, keine Besonderheiten auf. Der Nachlaßgläubiger kann als Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigter auftreten, er kann Massegläubiger oder gewöhnlicher Konkursgläubiger sein. Die Berechtigung zur Aussonderung und Absonderung bestimmt sich hierbei nach den allgemeinen Regeln der §§ 43 ff und 47 ff KO. Für die Absonderung bestimmt nun § 221 KO, daß auf Grund einer nach dem Eintritt des Erbfalls erfolgten Maßregel der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Absonderungsrecht nicht begründet werden kann. Darin liegt eine Erweiterung der für den Regelkonkurs geltenden Vorschrift des § 14 KO. Die Schranke, die im gewöhnlichen Konkursverfahren nach §§ 14, 15 KO der Konkursbeginn zieht, wird in § 221

[119]) Staudinger-Herzfelder a. a. O.; Planck-Flad, zu § 2058 Erl. S. 340.

[120]) Jaeger, zu §§ 226/229 Anm. 16, S. 517 weist hier zutreffend auf § 63 Nr. 4 KO im Zusammenhang mit § 1967 Abs. II BGB hin.

[121]) Natürlich kann der Gläubiger aus mehrerenTatbeständen jederzeit Nachlaßgläubiger und auch Eigengläubiger des einzelnen Erben sein. Darin liegt aber keine Besonderheit.

KO für den Nachlaßkonkurs auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückverlegt[122]). Der Grund liegt darin, daß das Gesetz bestrebt ist, den Nachlaß in dem Zustand zu erhalten und gegebenenfalls wieder herzustellen, wie er beim Erbfall war[123]). Es ist unbillig, daß ein Nachlaßgläubiger den anderen zuvorkommt und auf deren Kosten eine volle Befriedigung erzielt[124]). Denn die Nachlaßgläubiger haben Anspruch darauf, daß das mit dem Tode des Erblassers abgeschlossene Vermögen ihrem Zugriff in dem zu diesem Zeitpunkt vorhandenen tatsächlichen und rechtlichen Zustand erhalten bleibt. Das folgt aus dem Grundsatz der Rückwirkung der Haftungssonderung und rechtfertigt sich im Nachlaßkonkurs noch besonders aus dem Gedanken einer Aufrechterhaltung der par conditio creditorum[125]).

Der Nachlaßgläubiger ist also in der Lage, seine Forderung als Konkursgläubiger anzumelden, soweit sie den Voraussetzungen einer Nachlaßkonkursforderung genügt. Dabei werden von § 221 KO sowohl Nachlaßgläubiger als auch persönliche Gläubiger des Erben betroffen[126]). Bei Miterben kommt § 221 KO allerdings nur dann in Betracht, wenn es sich um Vollstreckungen in den Nachlaß handelt. Vor der Teilung ist das für Nachlaßgläubiger wegen § 2040 BGB aber nur möglich, wenn ein gegen sämtliche Miterben ergangener Vollstreckungstitel (§747 ZPO) vorliegt[127]). Soweit ein Nachlaßgläubiger schon vor dem Eintritt des Erbfalls Vollstreckungshandlungen vorgenommen hat, bleiben diese aber wirksam, auch wenn später der Nachlaßkonkurs eröffnet wird. Sie unterliegen jedoch unter Umständen einer Anfechtung nach den §§ 29 ff KO. Die Zwangsvollstreckung des persönlichen Gläubigers eines Miterben ist aber vor der Teilung weder in den Nachlaß, noch in die einzelnen Nachlaßgegenstände (§ 2033 Abs. 2 BGB), sondern nur in seinem Anteil an dem Nachlaß möglich (§ 2033 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 859 Abs. 2 ZPO). Persönliche Gläubiger des Miterben können daher in keinem Fall von § 221 KO betroffen werden.

Zu den Masseschulden gehören nun nicht die in § 59 KO genannten Verbindlichkeiten, sondern auch die in § 224 KO noch besonders bezeichneten[128]). Sie sind im gleichen Range wie die des § 59 KO zu befriedigen. Alle übrigen Gläubiger haben die Stellung gewöhnlicher Konkursgläubiger. Wenn das Gesetz in § 226 Abs. II KO noch besondere Arten von Nachlaßverbindlichkeiten aufzählt, dann trifft es dann lediglich die Regelung, daß eine Reihe von Verbindlichkeiten entsprechend dem Grundsatz des § 226 Abs. I KO zwar zur Berücksichtigung im Nachlaßkonkurs zugelassen, aber in der Rangfolge den übrigen Nachlaßverbindlichkeiten nachgeordnet werden. Damit findet im Gegensatz zum gewöhnlichen Konkursverfahren der Unterschied zwischen den einzelnen Verbindlichkeiten nicht darin seinen Ausdruck, daß sie im

[122]) Jaeger, zu § 221 Anm. 4.
[123]) So wörtlich Boehmer, Erbfolge S. 152.
[124]) Jaeger, zu § 221 Anm. 1.
[125]) Vgl. hierzu besonders Boehmer, Erbfolge, S. 152.
[126]) Mentzel, zu § 221 Bem. 1 b, S., 619.
[127]) Vgl. hierzu Kipp, Lehrb. § 89, S. 317 zu N. 7 u. 8.
[128]) Vgl. die unter Ziffer 1—6 genannten einzelnen Verbindlichkeiten.

Konkursverfahren Berücksichtigung finden oder nicht, sondern er schafft nur Besonderheiten für die Rangfolge. Die Nachlaßverbindlichkeiten scheiden sich demnach in die regelmäßigen, die auch im gewöhnlichen Konkursverfahren zu berücksichtigen sind (§§ 3, 63 KO) und solche, die als sogenannte minderberechtigte erst nach allen übrigen Verbindlichkeiten Berücksichtigung finden (§ 226 Abs. II KO) [129]).

Dabei kann auch der Erbe selbst die Stellung eines Nachlaßgläubigers haben. Das ergibt nicht nur § 225 KO, sondern auch § 224 Ziffer I KO. Während aber § 225 KO über den Rang des einzelnen Anspruchs im Konkurse keine Bestimmungen trifft, — er regelt sich entsprechend den eben entwickelten Grundsätzen nach der Art des Anspruchs — stellt § 224 Ziffer I KO nicht nur fest, daß eine aus dem Nachlaß zu berichtigende Verbindlichkeit vorliegt, sondern daß diese auch keine gewöhnliche Konkursforderung, sondern Masseschuld ist.

Die Rechtsstellung, die hier dem Miterben zukommt, ist im Verhältnis zu anderen Nachlaßgläubigern die gleiche. Er nimmt wie sie am Konkursverfahren als Gläubiger teil, mit denselben Rechten und den gleichen Pflichten. Dabei ist es unerheblich, daß der Miterbe in sich die Eigenschaft einer Person vereint, die sowohl auf der Seite des Gemeinschuldners als auch der der Nachlaßkonkursgläubiger steht. Unwesentlich ist auch, ob der betreffende Miterbe den übrigen Nachlaßgläubigern beschränkt oder allen bezw. einem von ihnen unbeschränkt haftet. Die Regelung, die in § 225 Abs. II KO getroffen ist, stellt zwar eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar, ist aber auf dem daselbst vorgesehenen Ausnahmefall beschränkt, daß der Erbe seine Forderung dadurch erworben hat, daß er eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt hat, die Berichtigung aber nicht nach § 1979 BGB als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt [130]). Der Miterbe kann daher sowohl aussonderungs- und absonderungsberechtigter Gläubiger, als auch Massegläubiger sein. Für den Erwerb eines Aussonderungsrechts findet allerdings § 221 KO auch auf ihn Anwendung. Zu einer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß durch den Miterbengläubiger genügt dabei nach § 747 ZPO schon ein Urteil, das er gegen den anderen Miterben erwirkt hat.

§ 4. Die Ausgestaltung der Haftung im einzelnen.

Hiernach scheint sich für den Fall des Nachlaßkonkurses ein klares Bild der Haftungsgestaltung zu ergeben. Der Nachlaß hebt sich klar von dem übrigen Vermögen des Erben, dem Eigenvermögen, als Sondervermögensmasse ab. Dementsprechend stehen auf der einen Seite die aus jenem zu befriedigenden Nachlaßgläubiger, während dieses den Privatgläubigern des Erben haftet. Nur soweit das Sondervermögen letzten Endes doch dem gleichen Rechtssubjekt, unbeschadet der be-

[129]) Da aber § 61 KO selbst wieder eine Rangfolge aufweist, so ergibt sich demnach folgende Reihenfolge der einzelnen Nachlaßverbindlichkeiten: Massegläubiger (§§ 75, 60, 224 KO), bevorrechtigte Konkursgläubiger (§ 61 Ziffer I bis V KO), einfache Konkursgläubiger (§ 61 Ziff. VI KO), minderberechtigte Konkursgläubiger (§ 226 Abs. II Ziffer 1—5, Abs. III u. IV KO).

[130]) Vgl. hierzu Jaeger zu § 225 Anm. 4, S. 507.

sonderen rechtlichen Behandlung, zusteht, würde sich daraus in gewisser Hinsicht ein Übergreifen in der Haftung ergeben. Selbst wenn man dabei noch in Betracht zieht, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt oder unbeschränkt haften kann und auch innerhalb des Nachlaßkonkurses die Möglichkeit besteht, daß insoweit die Rechtsstellung der einzelnen Gläubiger eine verschiedene ist, so ergeben sich doch aus diesem Umstand ebenfalls keine Schwierigkeiten besonderer Art. Für die Stellung des Nachlaßgläubigers im Nachlaßkonkurs selbst ist es jedenfalls ohne Bedeutung, ob der Erbe ihm beschränkt oder unbeschränkt haftet. Wesentlich ist das nur für einen neben dem Nachlaßkonkurs stattfindenden Erbenkonkurs, denn die unbeschränkte Haftung berührt nicht den Nachlaß, sondern die aus dem Eigenvermögen des Erben gebildete Masse des Erbenkonkurses.

Wenn nun bei der Miterbengemeinschaft diese Geschlossenheit und Übersichtlichkeit nicht gewahrt bleiben, dann liegt der Grund hierfür ausschließlich in den durch das Vorhandensein einer Mehrheit von Erben bedingten Umständen. Den Nachlaßgläubigern steht hier auf der Schuldnerseite nicht eine einzelne Rechtspersönlichkeit, sondern eine Gemeinschaft gegenüber. Die Haftung der Miterben ist aber nicht nur eine gesamthänderische, sondern gleichzeitig auch eine gesamtschuldnerische (§§ 2059 II, 2058 BGB). Neben der Haftung der in der gesamten Hand zusammengeschlossenen Miterben besteht eine Einzelhaftung der Erben mit Solidarcharakter. Selbst wenn der Gläubiger aus diesem Grunde sämtliche Miterben als Gesamtschuldner belangt, so bleibt trotzdem der begriffliche Unterschied gegenüber der Gesamthandsklage bestehen. Das wird in der Klageschrift in der Regel dadurch zum Ausdruck kommen, daß bei der Parteibezeichnung ein das Gesamthandsverhältnis andeutender Zusatz hinzugefügt wird [131]). Notwendig ist dies aber nicht. Es wird sich, sofern die Parteiausführungen in der Klageschrift in dieser Hinsicht keinen Anhaltspunkt ergeben, oftmals aus dem Klageantrag erkennen lassen. Denn in der Regel wird bei der Inanspruchnahme aller Miterben auf Grund ihrer solidarischen Haftung Verurteilung „als Gesamtschuldner" beantragt. Fehlt es an diesem Anhaltspunkt, so muß man die Gesamtheit des klägerischen Vorbringens zur Auslegung heranziehen und evtl. durch Ausübung des richterlichen Fragerechts nach § 139 ZPO den Inhalt des Klagebegehrens feststellen.

Besonders klar tritt der Unterschied zwischen der gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme aller Miterben und der Gesamthandsklage bei der Zwangsvollstreckung zutage. Denn diese ist im letzten Falle grundsätzlich nur in den Nachlaß möglich. Dies erfährt wiederum dann eine Durchbrechung, wenn es sich um eine nicht allen Miterben gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit handelt, oder wenn die Teilung des Nachlasses bei der Auseinandersetzung erfolgt ist. Im ersten Fall beschränkt sich die gesamtschuldnerische Haftung auf diejenigen Miterben, die für diese Nachlaßverbindlichkeit einzustehen haben. Betrifft sie überhaupt nur einen Miterben, dann haftet dieser allein [132]). Nach der Teilung fällt aber notgedrungen nicht nur die gesamthänderische

[131]) Z. B. als Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft.
[132]) Vgl. oben S. 30/31 d. A.

Haftung fort, auch die an sich bestehenbleibende gesamtschuldnerische Haftung setzt sich in den Fällen der §§ 2060 ff BGB in eine anteilige Haftung um [133]). Stellt man daher den Satz, daß die Haftung und zwar auch der einzelnen Miterben, jeweils immer eine beschränkte oder unbeschränkte sein kann, an die Spitze, so ergibt sich vor der Teilung eine gesamthänderische und gesamtschuldnerische, nach der Teilung dagegen eine gesamtschuldnerische oder anteilige Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Für den Fall der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bestimmt nun § 2060 Ziffer 3 BGB, daß jeder Miterbe dann nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit haftet. Voraussetzung ist allerdings, daß das Konkursverfahren durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich vor der Teilung beendet worden ist [134]). Damit ist der Fortfall der gesamtschuldnerischen Haftung beim Nachlaßkonkurs die Regel. Auf die Bedeutung dieser Vorschrift und die sich hieraus ergebenden Besonderheiten ist erst später einzugehen.

Die Ausgestaltung der Haftung im einzelnen ergibt dabei folgendes Bild:

Mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses tritt eine strenge Sonderung der Nachlaßmasse von dem Eigenvermögen der Miterben ein (§ 1984 Abs. I BGB, § 7 KO). Der Nachlaß bleibt nunmehr ausschließlich der Befriedigung der Nachlaßgläubiger vorbehalten. Die persönlichen Gläubiger der einzelnen Erben sind auf die Verwirklichung ihrer Ansprüche aus deren Eigenvermögen angewiesen. Das trifft auch für diejenigen persönlichen Gläubiger zu, die zwar erst nach dem Eintritt des Erbfalls, aber vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses Vollstreckungsmaßnahmen in den Nachlaß vorgenommen haben (§§ 1984 Abs. II BGB, 221 Abs. II KO). Standen dem beschränkt haftenden Erben hiergegen zunächst nur die Rechtsbehelfe der §§ 781 ff BGB zu Gebote, so entfallen diese, da die Vollstreckungsmaßnahmen mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses den Nachlaßgläubigern gegenüber jede Wirksamkeit verlieren [135]).

Aus alledem ergibt sich, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu einer Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls führt. Denn der Umstand, daß es früher oder später zum Konkursverfahren über die Nachlaßmasse gekommen ist, kann für die Rechtsstellung der Nachlaßgläubiger keine Bedeutung haben. Legt man dem Nachlaßkonkurs die Wirkung bei, daß er die beschränkte Haftung des Erben und somit auch der Miterben herbeizuführen vermag, dann mußte man auf der anderen Seite auch anerkennen, daß das mit dem Eintritt des Erbfalls tatsächlich noch vorhandene Vermögen des Erblassers uneingeschränkt ihrer Befriedigung vorbehalten bleibt.

---

[133]) Komm. v. RGR, zu § 2060 Erl. I, S. 176.

[134]) Die bloße Einleitung des Verfahrens und seine Einstellung aus einem besonderen Grunde, etwa wegen fehlender Masse, reicht nicht aus. Beim Zwangsvergleich kann übrigens durch diesen eine abweichende Regelung vereinbart werden. Endet der Nachlaßkonkurs auf diesem Wege, dann bestimmt sich die Art der Haftung nach dem Inhalt des Zwangsvergleichs (Planck-Flad zu § 2060 Erl. 5 S. 347; Komm. v. RGR zu § 2060 Erl. 6 S. 178).

[135]) Mentzel zu § 221 Bem. 1 a, S. 618.

Für die Geltendmachung der Nachlaßverbindlichkeiten entfällt die Unterscheidung zwischen gesamthänderischer und gesamtschuldnerischer Inanspruchnahme der Miterben (§§ 2059 II, 2058 BGB) ohne weiteres. Den Nachlaßgläubigern steht nur mehr der für das Konkursverfahren schlechthin vorgesehene Weg der Anmeldung (§ 138 KO) offen. Dabei macht aber § 229 KO eine Ausnahme. Die Anmeldung gilt nämlich entsprechend den im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen u. U. schon dann als geschehen, wenn eine solche bereits in einem Aufgebotsverfahren zum Zweck der Ausschließung von Nachlaßgläubigern erfolgt war (§ 1970 BGB, §§ 989 ff ZPO). Voraussetzung ist nur, daß das Aufgebot von dem Gericht, bei dem der Konkurs anhängig wird, erlassen und das Verfahren nicht vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ohne Erlassung des Ausschlußurteils erledigt ist. Hier erscheint eine nochmalige Anmeldung überflüssig, da sich in der Hauptsache der Inhalt beider Anmeldungen deckt (§§ 996 ZPO, 139 KO) [136]).

Trotzdem kann sich eine Nachwirkung aus dem Unterschied zwischen der gesamthänderischen und gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben ergeben. Wird nämlich die von einem Nachlaßgläubiger geltend gemachte Forderung im Nachlaßkonkurs von dem Konkursverwalter oder einem anderen Nachlaßgläubiger bestritten (§ 146 KO), dann ist es wesentlich, ob die Forderung eine titulierte ist oder nicht, d. h. ob über sie bereits vor der Konkurseröffnung ein Urteil ergangen ist oder ob dieses fehlt. In letzterem Falle hat nämlich der Gläubiger der bestrittenen Forderung durch Erhebung der Klage vor dem ordentlichen Gericht die Widersprüche der Bestreitenden gegen die Forderung auszuräumen. Lag aber bereits ein Urteil vor, dann ist die Rechtslage des betreffenden Gläubigers insofern günstiger, als nicht er, sondern der Widersprechende den Widerspruch im Klagewege zu verfolgen hat (§§ 146 II und VI KO) [137]). Beim Nachlaßkonkurs kann nun der Nachlaßgläubiger bereits ein Urteil gegen die Miterben oder nur gegen einen einzelnen Erben erwirkt haben. Dabei ist es für den ersten Fall gleichgültig, ob das Urteil gegen die Miterben als Streitgenossen ergangen ist, oder ob mehrere Urteile gegen die Miterben auf Grund einzelner gegen sie angestrengter Prozesse ergangen sind [138]).

Ist der Gläubiger im Besitz eines Urteils, das den Bestand der Forderung den Miterben gegenüber, sei es als Gesamthänder oder als Gesamtschuldner einheitlich feststellt, so ergeben sich im Konkurse keine Besonderheiten. Der Nachlaßgläubiger genießt dann ohne weiteres das Recht des § 146 VI KO. Der Widerspruch gegen das Urteil ist, soweit er überhaupt noch zulässig ist, und entsprechend seinem Inhalt, von den Widersprechenden zu betreiben [139]). Wie aber, wenn der Gläu-

[136]) Jaeger, zu §§ 226/229, Anm. 40, S. 524.

[137]) Das Bestreiten der Forderung durch den Gemeinschuldner ist hierbei außer acht zu lassen, da es für das Konkursverfahren selbst ohne Bedeutung ist. Vgl. hierzu im übrigen noch oben, S. 12. d. A.

[138]) Das trifft auch für § 747 ZPO zu. Vgl. Seuffert-Walsmann, zu § 747. Bem. 2 S. 367 u. das dort angegebene Schrifttum nebst der Rechtsprechung.

[139]) Vgl. auch Riesenfeld Bd. I, S. 289. Wie weit ein Widerspruch überhaupt noch zulässig ist, richtet sich danach, ob das Urteil rechtskräftig ist

biger ein Urteil nur gegen einen Miterben erlangt hat, sei es, weil er mit der Gesamtschuldklage gegen alle Miterben nur gegenüber einem durchgedrungen ist oder weil er überhaupt nur gegen diesen einen die Klage erhoben hatte?[140])

Wird dann im Konkurs die Forderung bestritten, so ist es zweifelhaft, ob der Nachlaßgläubiger wie der Gläubiger einer nicht titulierten Forderung zu behandeln ist, so daß er selbst den Widerspruch durch die Klage beseitigen muß, oder ob ihm die günstigere Stellung nach § 146 Abs. 6 KO beizulegen ist. Aus § 226 Abs. 1 KO lassen sich keine Schlüsse ziehen. Aus ihm ergibt sich nur soviel, daß grundsätzlich j e d e Nachlaßverbindlichkeit im Konkurse zu berücksichtigen ist. Man wird hier am besten zwischen gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten und solchen, die nur einen Erbteil oder mehrere, aber nicht alle Miterben belasten, zu unterscheiden haben.

Riesenfeld nimmt zwar an, daß der anmeldende Gläubiger, der lediglich im Besitz eines nur gegen e i n e n Miterben gerichteten Schuldtitels ist, nicht davon befreit wird, die Feststellung der bestrittenen Forderung seinerseits zu betreiben. Er sieht den Grund darin, daß ein solcher Schuldtitel nicht gegen den G e s a m t nachlaß wirkt[141]). Das trifft aber für den Nachlaßkonkurs nicht zu, wenn es sich um eine nur den Miterben betreffende Nachlaßverbindlichkeit handelt, gegen den

---

oder nicht. Das gleiche gilt auch von der Form, in der der Widerspruch prozessual zu verfolgen ist. Gegen rechtskräftige Urteile kann ein gegen den Bestand der Forderung gerichteter Widerspruch nur nach §§ 578 ff ZOP oder § 767 ZOP geltend gemacht werden, von der Konkursanfechtung naturgemäß abgesehen (Jaeger zu § 146 Anm. 25, S. 236); denn gegenüber der Rechtskraftwirkung können auch die Widersprechenden nichts mehr unternehmen. Richtet sich der Widerspruch aber gegen ein noch nicht rechtskräftiges Urteil, dann sind die ordentlichen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel (Einspruch, Berufung, Revision) gegeben, wobei der Widersprechende die Parteistellung des Gemeinschuldners übernimmt (§ 250 ZPO). Richtet sich aber der Widerspruch nur gegen die Berücksichtigung der Forderung im Konkurse, sei es schlechthin, weil keine K o n k u r s forderung vorliege, sei es nur gegen ein besonderes Vorrecht, dann ist das auch bei rechtskräftigen Urteilen möglich, soweit die Rechtskraft dem nicht entgegensteht. In diesem Fall kommt es also zu einem neuen Prozeß, den aber nunmehr der Gläubiger selbst betreiben muß (§ 146 Abs. 2 KO), denn insoweit liegt keine „titulierte" Forderung vor, (a. A. aber zu Unrecht Jonas S. 77 ff, der auch hier § 146 Abs. 6 KO anwenden will). Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig, dann muß der Gläubiger gegebenenfalls nach Einlegung des Rechtsmittels oder des Rechtsbehelfs durch den Widersprechenden seinen Antrag auch auf die Feststellung der Eigenschaft der Forderung als einer Konkursforderung oder des beanspruchten Vorrechts richten, soweit das prozessual noch zulässig ist. Sonst muß er auch hier nach § 146 Abs. 2 KO den Widerspruch beseitigen

[140]) Da im Prozeß die Miterben, sofern sie nur als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden, nicht notwendige Streitgenossen sind (§ 62 ZPO), (OLG 16, 45; Recht 1906, 119, RGZ 68, 221 ff, 71, 366 ff; Komm. v. RGR, zu § 2058 Erl. 2, S. 172), im Gegensatz zur Gesamthandsklage (RGZ 71, 370), so kann das Urteil gegen die einzelnen Miterben verschieden ausfallen. Jeder Miterbe kann aber auch selbständig verklagt werden.

[141]) Riesenfeld, Bd. I, 289.

sich das Urteil richtet. Allerdings ist die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, wenn mehrere Erben vorhanden sind, vor der Teilung nur zulässig, wenn ein gegen alle Erben ergangenes Urteil vorliegt (§ 747 ZPO)[142]. Aus einem Urteil gegen einen der Miterben kann also der Gläubiger nur Befriedigung aus dessen Anteil am Nachlaß verlangen[143]. Das gilt aber nicht für den Nachlaßkonkurs. § 226 KO umfaßt nicht nur gemeinschaftliche, sondern auch solche Nachlaßverbindlichkeiten, die nur den einzelnen Miterben betreffen[144]. Die Gläubiger aus ihnen sind ebenfalls teilnahmeberechtigte Konkursgläubiger beim Nachlaßkonkurs der Erbengemeinschaft. Insoweit hierbei ein Urteil gegenüber den betreffenden Miterben vorliegt, wirkt dieses nunmehr jedenfalls gegen den Nachlaß. Deshalb muß man sagen, daß bei einer gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeit zwar nur dann eine titulierte Forderung nach § 146 Abs. VI KO vorliegt, wenn der Gläubiger ein Urteil gegen alle Miterben besitzt[145]. Bei einer nicht gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeit genügt es dagegen, wenn diese sich gegen die mehreren oder den einzelnen davon betroffenen Miterben richtet.

Daraus folgt also, daß dem Gläubiger, wenn er vor der Konkurseröffnung ein Urteil gegen sämtliche Miterben erwirkt hat, im Konkurse ohne weiteres die Vorrechte aus § 146 VI KO zustehen. Das trifft bei der Gesamtschuldklage aber nur zu, wenn er gegen alle Miterben siegreich gewesen ist. Ebenso muß der Gläubiger bei nicht gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten, wenn sie mehrere Miterben betreffen, allen, sonst nur dem betreffenden Miterben gegenüber ein Urteil erwirkt haben.

Es besteht nun die Möglichkeit, daß bei der Eröffnung des Nachlaßkonkurses alle oder nur einzelne Miterben beschränkt haften. Die haftungsbeschränkende Wirkung der Konkurseröffnung (§ 1975 BGB) tritt nur insoweit ein, als in der Person des einzelnen Miterben noch keine unbeschränkte Haftung gegeben ist (§ 2013 BGB).

Die unbeschränkte Haftung des einzelnen Miterben kann also, wie bereits oben ausgeführt wurde, schon zur Zeit der Konkurseröffnung begründet sein, sie kann aber auch während des Konkursverfahrens selbst eintreten. Allerdings verliert der Miterbe, während der Dauer des Konkursverfahrens, infolge eines Verstoßes gegen die Inventarisierungspflicht, nicht die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung allgemein oder geht der durch die Konkurseröffnung bereits eingetretenen Beschränkung wieder verlustig. Das beruht auf der Bestimmung des § 2000 BGB, nach welcher in dieser Zeit keine Inventarfrist bestimmt werden kann bezw. die vorher bestimmte unwirksam wird. Ein Verlust der Haftungsbeschränkung einem Gläubiger gegenüber kann zwar nicht nach § 2006 BGB eintreten, wohl aber infolge einer Verwirkung

[142]) Ein einheitliches Urteil braucht es allerdings nicht zu sein. Da die Miterben insoweit nicht notwendige Streitgenossen sind, genügt es, wenn verschiedene, inhaltlich gleiche vollstreckbare Titel vorliegen. Baumbach, zu § 747 Bem. 1, S. 954; RGZ 68, 221.
II ZPO.

[143]) Riesenfeld Bd. I, S. 267; Baumbach a. a. O.; Kipp § 89 III; vgl. § 859 II ZPO.

[144]) Vgl. Anm. 117 d. A.

[145]) Nicht notwendig ist ein gemeinschaftlicher Titel.

des Vorbehalts der Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung gemäß § 780 ZPO in Verbindung mit § 144 II KO. Auch der bereits allgemein unbeschränkbar haftende Miterbe ist, wenn er neben dem Nachlaßkonkurs persönlich in Anspruch genommen wird, zur Erwirkung des Vorbehalts gezwungen, da er andernfalls auch noch die ihm im § 2059 I 2 BGB eingeräumte Beschränkungsbefugnis verliert. Da es sich hierbei aber nur um die anteilige Haftung mit seinem Erbenvermögen handelt, so kann sich der Vorbehalt im Urteil auch nur insoweit erstrecken.

Die Haftungsgestaltung der einzelnen Miterben ist also weder vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch während seiner Dauer eine einheitliche, allgemein festliegende. Sie kann sich vielmehr zugunsten einzelner Gläubiger und zuungunsten der einzelnen Miterben verschieben. Während also die Forderung des einzelnen Nachlaßgläubigers in ihrem Bestande durch die Konkurseröffnung einen grundsätzlich für das ganze Konkursverfahren festliegenden Inhalt gewinnt, trifft das für die ihrer Realisierung dienende Vermögensmasse des Schuldners (Miterbenschuldners) nicht zu. Hierin zeigt sich am klarsten, daß der Konkurs über die Nachlaßmasse dem Erben zwar als eine Rechtswohltat zustatten kommt, daß er damit aber noch längst nicht aller Sorge für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger enthoben ist, sondern auch weiterhin darauf bedacht sein muß, die ihm eingeräumte günstige Rechtsstellung zu erhalten. Indem das Gesetz dem Erben dies zur Pflicht gemacht hat [146]), hat es dem Interesse der Nachlaßgläubiger auch über die Konkurseröffnung hinaus in weitgehendstem Maße Rechnung getragen. Es gibt nach geltendem Recht für den Erben kein Mittel, um sich mit einem Schlage von jeder Verantwortung den Nachlaßgläubigern gegenüber freizustellen. Nur einmal wird ihm diese volle Möglichkeit gewährt und das Mittel hierzu ist die Ausschlagung der Erbschaft. Hat er aber diese unterlassen, dann muß er jetzt auch weiterhin für die ordnungsmäßige Befriedigung der Nachlaßgläubiger Sorge tragen und darauf bedacht sein, seine Rechtsstellung nicht zu gefährden. Vernachlässigt er diese Pflicht, dann droht ihm die vom Gesetz an ihre Verletzung als unvermeidliche Folge geknüpfte unbeschränkte Haftung demjenigen Gläubiger gegenüber, dessen Interessen er als Wahrer der ihm obliegenden Schuldnerpflichten verletzt hat.

Ist die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung nur mehr einzelnen, nicht aber allen Gläubigern gegenüber noch möglich, dann verbleibt es den übrigen Gläubigern gegenüber bei der Regel des § 1975 BGB. Der betreffende Miterbe ist also in der Lage, sich wie alle übrigen beschränkt haftenden Miterben diesen Gläubigern gegenüber ebenfalls auf die haftungsbeschränkende Wirkung der Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu berufen [147]).

---

[146]) Eine direkte Pflicht im Sinne einer Erzwingbarkeit ist sie allerdings nicht, sondern nur eine indirekt durch Eintritt anderer Nachteile unter Erfüllungszwang gestellte, eine sog. Pflicht gegen sich selbst. Vgl. hierzu Boehmer Erbfolge, S. 70 ff und Boehmer in Festgabe a. a. O., S. 228 ff.

[147]) Die Möglichhkeit ist dann gegeben, wenn beispielsweise die unbeschränkte Haftung einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber nur nach § 2006 BGB oder wegen eines ihnen gegenüber erklärten Verzichts auf die

Für die rechtliche Stellung der Nachlaßgläubiger ergeben sich daraus, soweit ihre Beteiligung an dem Nachlaßkonkurs in Betracht kommt, allerdings keine Besonderheiten. Denn ob ihnen sämtliche oder nur einzelne Miterben unbeschränkt oder beschränkt haften, bleibt für die Teilnahmeberechtigung und Berücksichtigung des Nachlaßgläubigers im Konkursverfahren unerheblich, weil hierfür genügt, daß er überhaupt die Eigenschaft als Nachlaßgläubiger genießt. Die unbeschränkte Haftung äußert eben nur darin ihre Wirkung, daß, soweit sie reicht, die persönliche Haftung des betreffenden Miterben durch Zugriff auf sein Eigenvermögen in Anspruch genommen werden kann.

Ebenso ist es für die Rechtsstellung des einzelnen Miterben ohne Bedeutung, ob er neben den übrigen Erben nur zu einem oder zu mehreren Erbteilen berufen ist (§ 2007 BGB) [148]. Über die Bedeutung der Vorschrift des § 2007 BGB besteht im Schrifttum lebhafter Meinungsstreit. Es handelt sich bei Miterben in der Hauptsache darum, ob § 2059 I 2 BGB entsprechend anzuwenden ist. Dies wird von der wohl als herrschend bezeichneten Lehre bejaht [149]. Ihre Vertreter sind der Auffassung, daß die unbeschränkte Haftung nur für einen dem Erbteil, in Ansehung dessen der Erbe unbeschränkt haftet, entsprechenden Teil einer jeden einzelnen Nachlaßverbindlichkeit Platz greift und daß für den anderen Teil der Nachlaßverbindlichkeit die Haftung noch auf den Nachlaß beschränkt werden kann [150]. Nach der entgegengesetzten Lehre soll § 2007 BGB dagegen nur Anwendung finden, wenn die Erben geteilt haften. Trifft sie dagegen eine solidarische Haftung, dann ist es für den Erben, wenn er als Inhaber eines Erbteils für die ganze Schuld unbeschränkt haftet, nach dieser Ansicht unerheblich, daß er als Inhaber eines anderen Erbteils für die gleiche Schuld beschränkt haftet [151].

Für den Nachlaßkonkurs ergeben sich daraus unmittelbar keine Rechtsfolgen. Denn die Teilnehmerberechtigung des Nachlaßgläubigers an dem Verfahren wird nicht dadurch beeinflußt, daß der eine oder andere Miterbe, in Ansehung des ihm zustehenden Erbteils beschränkt oder unbeschränkt, und wenn dies mehrere sind, in Bezug auf den einen unbeschränkt, den anderen dagegen nur beschränkt haftet. Wesentlich kann diese Frage nur insoweit werden, als es sich darum handelt, daß der Gläubiger, dem der betreffende Miterbe unbeschränkt haftet, seinen Zugriff auch auf das Eigenvermögen des Erben lenken muß, diesem aber die Einrede der anteiligen Haftung nach § 2059 Abs. I S. 2 BGB hiergegen vorbehalten bleibt. In diesem Fall würde dies für die Höhe des

---

Haftungsbeschränkung oder durch Versäumung der Aufnahme eines Vorbehalts in das Urteil nach § 780 I ZPO — RGZ 59, 305 — eingetreten ist.

[148]) Über die hier in Betracht kommenden Fälle (mehrfache Verwandtschaft § 1927 BGB, Zusammentreffen von Ehe und Verwandtschaft § 1934 BGB. etc.). Vgl. Komm. v. RGR, zu § 2007 Erl. I, S. 106.

[149]) Komm. v. RGR, zu § 2007 Erl. 2, S. 107; Staudinger-Herzfelder zu § 2007 Bem. 2 Abs. III, S. 297; Riesenfeld, Bd. I, S. 257; Planck-Strohal, zu § 2007 Erl. 2 a, S. 239.

[150]) So wörtlich: Komm. v. RGR a. a. O.

[151]) Kipp, § 75 VII Anm. 26, S. 253; Kretzschmar, § 79 IV I; Die Ansichten über Umfang und Tragweite des § 2007 BGB. weichen, insbes. für den Fall, daß nur ein Erbe vorhanden ist, sehr voneinander ab.

Betrages der anteiligen Haftung von Bedeutung sein. Da aber § 2059 Abs. I S. 2 BGB dann keine Anwendung findet, wenn für die betreffende Nachlaßverbindlichkeit nur ein Miterbe haftet, so würde diesem dennoch jedenfalls die Einrede zustehen, wenn er zu mehreren Erbteilen berufen ist, sofern man der herrschenden Ansicht Folge leistet. Und das erscheint auch richtig. Die von den Gegnern der herrschenden Lehre für § 2007 BGB vertretenen Einschränkungen lassen sich aus dem Gesetzeswortlaut unmittelbar nicht entnehmen. Ihm zufolge ist die Fiktion in jeder Beziehung folgerichtig und geschlossen durchzuführen. Die Rechtslage ist dahin umzudeuten, als ob es sich um Erbteile verschiedener Erben handeln würde. Trotz der Vereinigung der Erbteile in der Hand eines Erben sollen diese nicht nur eine objektive, sondern auch gleichsam subjektive Selbständigkeit bewahren, obwohl sie ein und demselben Rechtssubjekt zustehen[152]). Die Gegner der herrschenden Lehre setzen sich mit dem Grundgedanken des Gesetzes in Widerspruch, wenn sie die Durchführung der Fiktion für die Fälle der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben ablehnen, denn damit stellen sie nicht die Mehrheit der Erbteile als entscheidend in den Vordergrund, sondern das, was das Gesetz erst als Folge will, nämlich die Art der Haftung für die betreffende Nachlaßverbindlichkeit.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen läßt sich nunmehr folgendes feststellen:

Ist bei einer Mehrheit von Erben vor der Auseinandersetzung das Konkursverfahren über den Nachlaß eröffnet worden, so ergeben sich daraus, daß nicht ein Erbe, sondern eine Mehrheit von Erben vorhanden ist, grundsätzlich keine Besonderheiten, soweit es sich um die Befriedigung der Nachlaßgläubiger innerhalb des Konkursverfahrens handelt.

Das gilt auch für den Fall, daß der Nachlaßkonkurs durch einen Zwangsvergleich beendet wird[153]). An ihm nehmen sämtliche Nachlaßkonkursgläubiger teil, soweit sie nicht durch § 230 II KO ausgeschlossen werden, wobei die Frage der beschränkten oder unbeschränkten Haftung aller oder einzelner Miterben ebensowenig eine Rolle spielt wie bei der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse. Inwieweit sich aus dem Zwangsvergleich Wirkungen über das Konkursverfahren hinaus ergeben, wird weiter unten behandelt werden[154]).

---

[152]) Ob für den Fall, daß nur ein Erbe vorhanden ist, der § 2007 BGB auch zur Anwendbarkeit des § 2059 I führen kann, mag zweifelhaft sein. Der hiergegen von Endemann, Bd. III § 132 Nr. III angeführte Grund, wonach tatsächlich „ein der Miterben-Gesamthand entsprechender Tatbestand durch die Fiktion, der Einzelerbe vereinigte mehrere Rechtssubjekte in eigener Person" nicht geschaffen werden kann, ist aber bei der Miterbengemeinschaft nicht durchschlagend. Denn in diesem Fall liegt die Miterben-Gesamthand schon vor, es handelt sich also bei der Berufung eines Miterben zu mehreren Erbteilen nur darum, daß die Fiktion zur fiktiven Erweiterung der Anzahl der Miterben führt.

[153]) Seine Zulässigkeit erkennt § 230 KO ausdrücklich an. Für den Vergleichsvorschlag, die Vorbereitung und den Abschluß des Zwangsvergleichs kann auf die allgemeinen Vorschriften (§§ 173 ff in Vbdg. m. 230 KO) verwiesen werden.

[154]) Vgl. unten S. 47 ff d. A.

§ 5. Nachlaßkonkurs und Eigenkonkurs über das Vermögen des einzelnen Miterben.

Es bleibt nunmehr zu erörtern, wie sich die Rechtslage im Hinblick auf das Eigenvermögen des einzelnen Miterben gestaltet.

Soweit diese den Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftbar geworden sind, hindert sie die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht, auf das Eigenvermögen der in Betracht kommenden Miterben zurückzugreifen, um sich aus ihm zu befriedigen. Dabei ist es keineswegs ausgeschlossen, daß es gleichzeitig zu einer Konkurseröffnung über das Eigenvermögen des Erben kommt. Notwendig ist hierfür aber, daß die Voraussetzungen vorliegen, die für die Eröffnung des gewöhnlichen Konkursverfahrens allgemein erforderlich sind.

Ist es dazu noch nicht gekommen, so steht dem Nachlaßgläubiger grundsätzlich der Zugriff auf das Eigenvermögen des ihm unbeschränkt haftenden Miterben frei. Dem Erben ist die Berufung auf § 1975 BGB und § 784 I ZPO versagt. Er muß sich jede Inanspruchnahme seines Privatvermögens gefallen lassen. Vorbehalten bleibt ihm lediglich die Geltendmachung der Einrede anteiliger Haftung vor der Teilung gemäß § 2059 I 2 BGB. Werden mehrere Erben von der unbeschränkten Haftung betroffen, so steht jedem von ihnen das Recht aus § 2059 I BGB zu, wobei sich das Verhältnis nach der Höhe der Erbteile dieser Miterben untereinander bestimmt [155]).

Die Einrede aus § 2059 I 2 BGB entfällt allerdings dann, wenn es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt, für die nur ein Miterbe einzustehen hat [156]).

Auf jeden Fall ergibt sich aber aus § 2059 I 2 BGB, daß die unbeschränkt haftenden Miterben den Zugriff auf ihr eigenes Vermögen nur der Höhe nach beschränken, keinesfalls aber ganz ausschließen können [157]).

Zu dem Eigenvermögen des Miterben gehört aber auch sein Anteil am Nachlaß. In diesen kann zwar jeder Nachlaßgläubiger und Eigengläubiger des Miterben auf Grund eines vollstreckbaren Titels die Vollstreckung betreiben (§ 859 I ZPO) und sich durch dessen zwangsweise Veräußerung nach § 857 II ZPO oder durch Betreiben der Auseinandersetzung (§§ 2042 II, 751 S. 2 BGB, 86, Abs. 2 FGG) befriedigen [158]). Haftet der Miterbe einem oder mehreren Nachlaßgläubigern unbeschränkt, so kommt aber im Nachlaßkonkursverfahren der Anteil am Nachlaß trotzdem nicht als ein Vermögensgegenstand in Betracht, der

---

[155]) Staudinger-Herzfelder, zu § 2059 Bem. 1 d, S. 436.

[156]) Staudinger-Herzfelder a. a. O.

[157]) Die formelle Geltendmachung dieser Einrede erfolgt natürlich ebenso wie die des § 2059 I 1 BGB. (Förster-Kann, zu § 780 Bem. 7, S. 580 und das dort angegebene Schrifttum; Seuffert-Walsmann, zu § 780 N. 2 e, S. 426). Für diese nimmt aber die h. L. mit Recht an, daß sie innerhalb der Zwangsvollstreckung nach § 780 ZPO zu erfolgen habe. (a. A. heute nur noch Falkmann S. 262.) Dabei ist aber zu beachten, daß inhaltlich insofern ein Unterschied besteht, als es sich nur um den Vorbehalt der anteiligen Haftung handeln kann.

[158]) Boehmer, Erbfolge, S. 45.

einer durch Pfändung und Verwertung zu vollziehenden Befriedigung des betreffenden Gläubigers unterliegt. An der Pfändbarkeit des Anteils des Miterben am Nachlaß bestehen an sich im Hinblick auf § 859 Abs. II ZPO keine Zweifel. Hier handelt es sich aber darum, ob trotz der an sich zulässigen Pfändbarkeit dem Nachlaßgläubiger ein Zugriffsrecht auf diesen Gegenstand des Eigenvermögens auch bei schwebendem Nachlaßkonkurs möglich ist. Man verneint das mit der Begründung, daß die Befriedigung der Gläubiger aus dem Gesamtnachlaß zu erfolgen habe[159]).

Kress steht zwar auf dem Standpunkt, daß die Erbteile der Miterben während der Dauer des Nachlaßkonkurses zugunsten von Nachlaßgläubigern deshalb nicht gepfändet werden können, weil § 14 KO Anwendung findet und nach ihm nicht nur die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, sondern auch in das sonstige Vermögen des Miterben verboten sei[160]). Das ist jedoch nicht zutreffend. § 14 KO gilt im Falle des Nachlaßkonkurses nur für das Nachlaßvermögen[161]). Das Eigenvermögen des Erben ist kein sonstiges Vermögen im Sinne des Gesetzes. Denn der für die Erstreckung des Pfändungsverbotes auf das sogenannte konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners im Regelkonkurs entscheidende Gesichtspunkt fällt beim Nachlaßkonkurs weg[162]). Das Eigenvermögen des Erben ist im Fall des Nachlaßkonkurses kein „konkursfreies" Vermögen im Sinne des Gesetzes. Denn da der Nachlaßkonkurs ein Sonderkonkurs ist, so kann diese Sondervermögensmasse mit dem Eigenvermögen des Erben nicht zu einer vermögensrechtlichen Einheit unter konkursrechtlichen Gedankengängen zusammengefaßt werden. Der Anteil am Nachlaß unterliegt lediglich deshalb nicht der Pfändung — trotz allgemeiner Pfändbarkeit — weil eine Befriedigung des Nachlaßgläubigers durch Einzelverwertung des Anteils nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht möglich ist. Die Verwertung des gepfändeten Anteils erfolgt durch Überweisung zur Einziehung oder durch Veräußerung[163]). Man geht hier also davon aus, daß früher oder später durch die Auseinandersetzung eine Realisierung des Rechts eintritt. Die Pfändung gibt dem Gläubiger das Recht, die Auseinandersetzung zu betreiben (vgl. hierzu § 86 FGG). An dieser Möglichkeit fehlt es aber nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses, eine Auseinandersetzung der Miterben kann nicht mehr erfolgen. Die Pfändung kann mithin ihren Hauptzweck nicht mehr erreichen und ist schon aus diesem Grunde unzulässig.

Fraglich ist nur, wie sich die Sachlage in dem Falle gestaltet, daß es sich um eine sogenannte Nachlaß-Erbenschuld handelt. Auch hier

---

159) Riesenfeld Bd. I, 197. Er meint diesen Fall und nicht etwa die Frage, inwieweit die Beschränkung der Haftung auch die Nachlaßanteile von der Haftung freistellt, weil sie nicht zum Nachlaß, sondern zum Eigenvermögen des Miterben gehören. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang.

160) Kress, Erbengemeinschaft, S. 167.

161) Mentzel, zu § 14, Bem. I, S. 94; OLG 19, 137.

162) Dem Gemeinschuldner soll die Möglichkeit belassen werden, sich schon während des Konkurses eine neue Existenz zu verschaffen. Vgl. Mot. zur KO 51/52; ferner RG bei Gruch. 53, 711.

163) § 857 ZPO; Seuffert-Walsmann, zu § 859 N. I a, S. 573.

wird man den betreffenden Gläubiger die Vollstreckung in den Nachlaßanteil aus den gleichen Gründen konkursrechtlicher Gebundenheit versagen müssen.

Kommt es nun infolge gleichzeitiger Inanspruchnahme der persönlichen Haftung eines Miterben oder aus einem sonstigen Grunde zu einer Eröffnung des Konkurses über das Eigenvermögen des betreffenden Miterben, dann handelt es sich hierbei nur um das zeitliche Zusammentreffen zweier Konkursverfahren. Denn der Nachlaßkonkurs hat grundsätzlich mit dem Eigenkonkurs nicht das geringste zu tun. Er stellt einen selbständigen Konkurs dar, der nicht nur, was die Voraussetzung der Eröffnung, sondern auch den Gang und die Beendigung des Verfahrens anbetrifft, den Regeln eines gewöhnlichen Konkursverfahrens unterstellt ist.

Dadurch tritt nun allerdings eine Konkurrenz der Gläubiger in dem Eigenkonkurs des Miterben ein. Denn soweit der Miterbe einem Nachlaßgläubiger unbeschränkt haftet, kann dieser seine Forderung neben den übrigen Gläubigern des Erben in dem Konkursverfahren über das Eigenvermögen geltend machen. Im Nachlaßkonkurs kann es zu einer derartigen Konkurrenz der Gläubiger nicht kommen, weil hier die Privatgläubiger des Erben nicht teilnahmeberechtigt sind.

Um dem im Rahmen des Konkursverfahrens über das Privatvermögen teilweise entgegenzutreten, schränkt das Gesetz in § 234 KO die Rechtsstellung der Nachlaßgläubiger im Eigenkonkurs des Erben dahin ein, daß sie wie absonderungsberechtigte Gläubiger gestellt werden. Dabei ergibt es sich ohne weiteres aus der Unterscheidung von Eigen- und Nachlaßkonkurs sowie aus der Stellung des § 234 KO im Rahmen des Gesetzes, daß durch diese Vorschrift nur die Rechtsstellung der Nachlaßgläubiger im Eigenkonkurs eingeschränkt, nicht aber bestimmt werden sollte, wer von ihnen überhaupt berechtigt sei, im Konkurs als Gläubiger Berücksichtigung zu finden. Hierüber entscheidet allein § 63 KO [164]). Ist der Erbe selbst Nachlaßgläubiger, so gehört im Falle des Eigenkonkurses seine Nachlaßverbindlichkeit zur Masse dieses Verfahrens.

Sind bei der Erbengemeinschaft mehrere Miterben unbeschränkt haftbar geworden, dann kann der in Betracht kommende Nachlaßgläubiger seine Forderung in dem Eigenkonkurs jedes ihm unbeschränkt haftenden Miterben geltend machen. Hier gilt zwar ebenfalls § 234 KO mit der Maßgabe, daß § 64 KO Anwendung findet. Der Nachlaßgläubiger vermag in dem Eigenkonkurs des Miterben mithin nur für den Teil seiner Forderung eine quotenmäßige Befriedigung zu verlangen, mit der er im Nachlaßkonkurs ausfällt oder auf die Befriedigung in ihm verzichtet. Soweit aber die Teilnahmeberechtigung in den verschiedenen Konkursverfahren untereinander in Frage steht, verbleibt es bei der Regel des § 64 KO. Denn da die mehreren Miterben im Verhältnis zueinander nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, so kann der Nachlaßgläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. Das ist hier der durch §§ 234, 64 KO bestimmte

[164]) Wilmowski-Kurlbaum, zu § 234 Anm. 3, S. 606.

Betrag. Natürlich ist Voraussetzung, daß es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt, für die die betreffenden Miterben auch persönlich mithaften.

§ 6. Die Haftung nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses.

Eine allgemeine Regelung der Frage, wie sich die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Nachlaßkonkurs gestaltet, hat das Gesetz nicht vorgenommen. Nur für die Fälle der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich bestimmt der § 1989 BGB, daß auf die Haftung des Erben die Vorschriften des § 1973 BGB entsprechende Anwendung finden.

Für die grundsätzliche Gestaltung der Erbenhaftung ergibt sich folgendes Bild:

Soweit der Erbe schon vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses unbeschränkt haftbar geworden ist, bleibt er es auch nach dem Nachlaßkonkurs. Nach § 2013 BGB findet hierfür § 1989 BGB keine Anwendung[165]).

Hat der Erbe die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch nicht verloren, dann kommt es darauf an, in welcher Weise der Nachlaßkonkurs beendet worden ist.

Ist der Eröffnungsbeschluß gemäß §§ 116, 109 KO aufgehoben worden, dann gilt die Eröffnung als überhaupt nicht erfolgt, sodaß die Wirkung der Konkurseröffnung nach § 1975 BGB als nicht eingetreten anzusehen ist. Der Erbe haftet wiederum in der gleichen Weise wie vorher und kann seine Haftungsbeschränkung nur erneut nach den allgemeinen Grundsätzen herbeiführen[166]).

Erfolgt die Beendigung des Nachlaßkonkurses nach § 204 KO (die Masse lohnt nicht die Kosten), dann bewendet es bei § 1990 BGB. Geschieht aber die Einstellung des Konkursverfahrens auf Grund eines Verzichts der Gläubiger (§ 202 KO), dann sind in erster Linie die zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern getroffenen Vereinbarungen maßgebend, und sofern diese nichts besagen, bewendet es wiederum bei den allgemeinen Grundsätzen[167]).

Daraus ergibt sich, daß, von den Fällen des § 1989 BGB zunächst abgesehen, die Gestaltung der Erbenhaftung durch die Beendigung des Nachlaßkonkurses keinen Besonderheiten unterworfen ist. Das gilt in der gleichen Weise auch für Miterben[168]).

Die durch § 1989 BGB begründete Anwendung des § 1973 BGB betrifft die Hauptfälle der Beendigung des Nachlaßkonkurses, nämlich

---

[165]) Auch § 1990 BGB entfällt nach § 2013 I BGB.

[166]) Kipp, Lehrbuch, § 79 VII 1, S. 269; Planck-Flad, zu § 1989 Erl. 1 b, S. 200.

[167]) Planck-Flad a. a. O. Fehlt es also an den Voraussetzungen der §§ 1973, 1974, 1990, 1992 BGB, dann bleibt nur die Möglichkeit bestehen, daß erneut Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs beantragt werden. Das ist jetzt nahezu einstimmige Ansicht, vgl. Riesenfeld II, S. 199; Planck-Flad a. a. O. A. A. lediglich Binder, Bd. II, S. 175.

[168]) Riesenfeld, Bd. II, §§ 200/201.

durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich. Dabei ist es nun im Einzelnen streitig, welche Gläubiger im Falle eines Zwangsvergleichs überhaupt noch Ansprüche gegen den Erben geltend machen können, wenn ihm nach der auf diese Weise erfolgten Beendigung des Nachlaßkonkurses der Nachlaß durch den Konkursverwalter gemäß §§ 190/192 KO zurückgegeben worden ist. Bei der Miterbengemeinschaft ergeben sich hierfür jedenfalls keine Besonderheiten [169]).

Das trifft in gleicher Weise für die weitere Frage zu, ob der Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber, die ihre Forderungen im Konkurse angemeldet hatten und denen der Erbe auf Grund des § 1978 BGB verantwortlich war, nach § 1989 BGB haftet, soweit sie für ihre Forderungen nicht befriedigt worden sind. Die von Planck-Flad vertretene Ansicht, daß die betreffenden Gläubiger den Ersatzanspruch gegen den Erben als Nachlaßüberschuß behandeln und in der Weise der §§ 1989, 1973 BGB versuchen können, Befriedigung zu erhalten, ist m. E. nicht zutreffend [170]). § 1978 II BGB bestimmt zwar, daß diese Ansprüche als zum Nachlaß gehörend gelten. Dabei ist aber zu beachten, daß die Haftung des Erben auf Grund des § 1978 BGB eine persönliche ist [171]).

Die Regelung im § 1978 II BGB ist also nur im Zusammenhang mit Abs. 1 zu verstehen. Die Ersatzansprüche der Nachlaßgläubiger gehören nicht zum Nachlaß, sondern sie gelten nur als zu ihm gehörend, nämlich soweit es sich um die Durchführung der Nachlaßverwaltung und des Konkurses handelt. Wollte man der oben genannten Ansicht folgen, dann würde der Erbe in der Lage sein, sich gegenüber diesen ihn persönlich treffenden Ansprüchen auf den Wegfall seiner Haftung, entsprechend den Voraussetzungen des § 1973 BGB, zu berufen.

Darin läge eine Benachteiligung der Nachlaßgläubiger, die durch nichts gerechtfertigt wird. Hat sich im Nachlaßkonkurs herausgestellt, daß die Geltendmachung der Ansprüche aus § 1978 BGB gegen den Erben wegen dessen Vermögenslosigkeit ganz oder zum Teil ohne Erfolg war, dann bleibt deren Verfolgung im Falle späterer Erlangung von Vermögen durch den Erben den Einschränkungen der §§ 1989, 1973 BGB nicht unterworfen.

Nach § 1973 kann nun der Erbe im Fall des § 1989 BGB den Gläubigern die Erschöpfungseinrede oder das Nichtvorliegen einer ungerechtfertigten Bereicherung entgegen halten, soweit er auf Herausgabe des angeblichen Überschusses angehalten wird.

Bei Miterben greift hierbei allerdings noch der § 2060 Nr. 3 BGB ein, nach dem jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Dabei ist allerdings Voraussetzung, daß der Erbe nicht unbeschränkt haftet. Denn soweit das der Fall ist, findet auch bei Miterben § 1989 BGB keine Anwendung (§ 2013 BGB).

---

[169]) Vgl. zu diesen Streitfragen die Erörterungen in den Kommentaren besonders bei Planck-Flad zu § 1989 Erl. 3, S. 201 ff.

[170]) Vgl. Planck-Flad, zu § 1989 Erl. 4, letzter Abs. S. 203; Strohal, Bd. II, § 80, Anm. 18 c.

[171]) Staudinger-Herzfelder, zu § 1978 Anm. 1, S. 224.

IV. Kapitel:

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nach der Teilung des Nachlasses.

Beim Vorhandensein mehrerer Erben ist nach § 216 II KO die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch noch nach der Teilung des Nachlasses zulässig. Da das Antragsrecht der Miterben zeitlich gar keinen Schranken, das der Nachlaßgläubiger nur denen des § 220 KO unterworfen ist, so liegt in dieser Bestimmung die einzige Zeitschranke für den Nachlaßkonkurs. Weitere Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs nach der Teilung enthält das Gesetz nicht.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann also vor, während oder auch nach der Teilung erfolgen. Will man die Bestimmung des § 216 II KO in ihrer grundsätzlichen Bedeutung nicht von vornherein abschwächen, so können sich nach der verfahrensrechtlichen Seite hin keine Besonderheiten ergeben, wenn es erst in diesem späteren Zeitpunkt zur Konkurseröffnung kommt. Auch das nach der Teilung eröffnete und durchgeführte Konkursverfahren ist ein den gewöhnlichen, für den Konkurs schlechthin nur im Nachlaßkonkurs gegebenen Vorschriften unterstelltes Verfahren.

Die Besonderheit des § 216 II KO liegt darin, daß trotz der bereits erfolgten Teilung unter den Miterben der Nachlaß im Interesse der Nachlaßgläubiger weiterhin als eine einheitliche Masse behandelt wird, die der gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger zugänglich gemacht werden soll.

Wann dabei die Teilung des Nachlasses als erfolgt anzusehen ist, regelt sich nach den hierfür allgemein geltenden bürgerlichrechtlichen Grundsätzen.

Durch § 216 II KO wird aber nur bestimmt, daß die Teilung des Nachlasses die Möglichkeit eines Nachlaßkonkursverfahrens nicht ausschließt. Mehr besagt das Gesetz nicht. Das gilt vor allem, soweit es sich um die bereits erfolgte Auseinandersetzung der Miterben und die sich hieran knüpfenden bürgerlich-rechtlichen Wirkungen handelt. Die Tatsache der erfolgten Teilung kann und wird durch § 216 II KO nicht beseitigt. Mit der Anerkennung eines Nachlaßkonkurses nach erfolgter Teilung bringt das Gesetz also nicht zum Ausdruck, daß die Wirkungen der Teilung nunmehr in jeder Beziehung als nicht eingetreten anzusehen seien. § 216 II KO stellt nicht den Grundsatz einer fiktiven Rückwirkung auf, sondern geht von der erfolgten Teilung als einer auch für die Zukunft weiterhin feststehenden Tatsache aus. Lediglich bei der Durchführung des Konkursverfahrens ist den Interessen der Nachlaßgläubiger nunmehr in der Richtung Rechnung zu tragen, daß der Nachlaß ungeachtet der inzwischen erfolgten Teilung unter den Miterben soweit wie möglich der uneingeschränkten Befriedigung der Nachlaßgläubiger zugeführt werden soll.

Die wesentlichste Wirkung der Teilung äußerst sich demnach bei der Wiederherstellung der Nachlaßmasse. Die Miterben sind verpflich-

tet, alles zurückzugewähren, was sie aus der Nachlaßmasse auf Grund der Teilung erhalten haben. Soweit sie diese Gegenstände noch in ihrem Besitz haben, müssen sie sie herausgeben. Hierbei handelt es sich dem Wesen nach um schuldrechtliche Verpflichtungen, die ihre Grundlage in den Bestimmungen des § 216 II KO und den über die allgemeine Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Ausantwortung der Massestücke an den Konkursverwalter bestehenden Vorschriften finden. Geltend gemacht wird der Anspruch nach § 117 KO vom Konkursverwalter.

Ist eine Rückgewähr durch die Miterben nicht mehr möglich, so treten unter Umständen Ersatzansprüche an die Stelle dieser Ansprüche. Das folgt allerdings nicht aus § 2046 I BGB. Die durch ihn begründete Verpflichtung zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vor der Auseinandersetzung gilt nur im Verhältnis der Miterben zu einander [172]). Auch § 2058 BGB scheidet aus. Er regelt zwar das Verhältnis zwischen den Miterben und den Nachlaßgläubigern, bestimmt aber lediglich, daß die Miterben nach der erfolgten Teilung auch weiterhin persönlich als Gesamtschuldner für die Nachlaßverbindlichkeiten haften. Damit wird den Nachlaßgläubigern unter Umständen der Zugriff auf das Privatvermögen der Miterben aufrecht erhalten. Selbst wenn man also davon absieht, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nach der Teilung auch noch unter Umständen die haftungsbeschränkenden Wirkungen des § 1975 BGB nach sich zu ziehen vermag, so ergibt sich doch aus § 2058 BGB nichts für die hier zu entscheidende Frage. Die vom Konkursverwalter geltend zu machenden Ersatzansprüche finden vielmehr ihre rechtliche Grundlage in den §§ 1978 ff BGB. Zur Verwaltung des Nachlasses gehört auch die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten. Die sich hieraus gegen den einzelnen Miterben ergebenden Ansprüche fallen gemäß § 1978 II BGB in die Nachlaßmasse [173]). Daß aber der einzelne Miterbe die Möglichkeit besitzt, auch im Verhältnis zu den anderen Miterben für eine sachgemäße vorherige Regelung der Nachlaßverbindlichkeiten Sorge zu tragen, wird ihm durch § 2046 BGB in Verbindung mit § 2045 BGB gewährleistet. Soweit daher die einzelnen Miterben vor der Regelung der Nachlaßverbindlichkeiten zur Teilung schreiten, verletzen sie die ihnen obliegende Sorgfaltspflicht bei der Verwaltung des Nachlasses und machen sich insoweit ersatzpflichtig [174]).

Nachlaßgegenstände, die sich im Besitz von dritten Personen befinden, kann der Konkursverwalter nicht unmittelbar auf Grund des § 216 II KO zur Masse ziehen. Hier kommt höchstens eine Anfechtung nach den Bestimmungen der § 29 ff KO in Betracht [175]). Dabei ist es allerdings möglich, daß die Veräußerung an den Dritten gleichzeitig den Tatbestand eines schuldhaften Verhaltens der Miterben erfüllt. Unter diesen Voraussetzungen sind die Miterben für den aus der Nichtwiedererlangbarkeit der ursprünglichen Nachlaßgegenstände entstehenden Schaden der Masse gegenüber verpflichtet.

---

[172]) Planck-Flad, zu § 2046 Erl. 1, S. 324.
[173]) Jaeger, zu § 216, Anm. 6, S. 477.
[174]) Ersatz nach §§ 823 ff BGB.
[175]) Jaeger, a. a. O.

Obwohl es also auch bei der Eröffnung des Nachlaßkonkurses nach erfolgter Teilung zu einer Wiederherstellung der Nachlaßmasse kommt, können doch keine Zweifel darüber bestehen, daß die Gefahr einer wesentlichen Beeinträchtigung der Rechte der Nachlaßgläubiger in diesem Fall besonders groß ist. Denn da es dem Konkursverwalter in der Regel kaum möglich sein wird, die Sachen durch unmittelbaren Zugriff wiederzuerlangen, so wird es mehr als sonst von der Vermögenslage der Miterben abhängen, ob der Masse in Gestalt der gegen sie oder Dritte begründeten Ansprüche ein hinreichender Ausgleich erwachsen ist.

Für die Haftung der Miterben nach der Teilung gilt § 2058 BGB, also gesamtschuldnerische Haftung. Zweifelhaft ist hier nur, ob § 2060 Nr. 3 BGB Anwendung findet, oder ob die durch ihn begründete anteilige Haftung nur für den Fall Platz greift, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vor der Teilung erfolgt. Die im Schrifttum herrschende Meinung hält § 2060 Nr. 3 BGB im Rahmen des § 216 II KO für unanwendbar [176]). Staudinger-Herzfelder will dies aus der Fassung und dem Grund des § 2060 BGB folgern, während Jaeger sich auf die Feststellung beschränkt, daß die Gesamthaftung der Erben, wenn sie durch die Teilung vollwirksam geworden ist, durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht mehr abnimmt [177]). Demgegenüber vertritt eine weitverbreitete Gegenmeinung den Standpunkt, daß § 2060 Nr. 3 BGB unbekümmert darum Anwendung findet, wann die Eröffnung des Nachlaßkonkurses erfolgt ist, also auch bei der Konkurseröffnung nach der Teilung [178]). Man beruft sich zur Rechtfertigung darauf, daß das Gesetz diesen Unterschied nicht mache, und daß es ferner auch unbillig sei, wenn nach der Teilung etwa wegen des Bekanntwerdens weiterer Nachlaßmassen nunmehr erst das Konkursverfahren eröffnet werde, die Miterben also die erhaltenen Überschüsse herausgeben müßten und trotzdem nicht in der Lage wären, ihre Haftung anteilig zu beschränken, zumal dieses Recht sogar dem unbeschränkt haftenden Miterben zustehe, wenn das Verfahren vor der Teilung eröffnet worden sei [179]).

Diese Meinung ist m. E. auch zutreffend. Für die Auffassung, daß durch die Teilung des Nachlasses eine unabänderliche Gesamtschuldhaftung der Miterben eintritt, ergibt sich aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt. Es ist zwar richtig, daß nach § 2058 BGB die gesamtschuldnerische Haftung die Regel bildet und grundsätzlich auch nach der Teilung bestehen bleibt, soweit sich aus den besonderen Bestimmungen der §§ 2058 ff BGB nichts abweichendes ergibt. Zu Gunsten der herrschenden Lehre spricht scheinbar die Fassung des § 2060 BGB. Denn hier ist zu sagen, daß das Gesetz wohl den Fall im Auge hatte, daß der Nachlaßkonkurs vor der Teilung eröffnet worden ist, also der gewöhnliche Fall vorliegt und nicht die Ausnahme des § 216 II KO. Diese Ansicht führt aber zu dem Ergebnis, daß die Vornahme der Teilung durch

---

[176]) Staudinger-Herzfelder, zu §§ 2060/2063 Bem. 5 c, S. 442; Boehm S. 415; Jaeger, zu § 230 KO, Anm. 6, S. 527; Strohal, Bd. II, § 89 Nr. II 3.

[177]) Staudinger-Herzfelder, a. a. O.; Jaeger, a. a. O.

[178]) Kommentar der RGR zu § 2060 Erl. 6, S. 178.

[179]) So wörtlich Kommentar der RGR a. a. O.

die Miterben diese der Gefahr einer erweiterten Haftung aussetzt. Das entspricht nicht dem in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers. Denn wenn nach den §§ 1978, 1980 BGB den Erben bereits die dort genannten Nachteile für den Fall treffen, daß er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses verzögert oder ganz unterläßt, so kann man daraus den Schluß ziehen, daß diese Regelung erschöpfend sein soll und daß andere Rechtsnachteile irgend welcher Art dem Erben und den Miterben nicht erwachsen können, wenn es erst später — hier also nach der Teilung — zur Durchführung des Nachlaßkonkurses kommt. Die vor allem im Reichsgerichtsrätekommentar gegen die Richtigkeit der herrschenden Lehre angeführten Bedenken sind von dieser bisher nicht entkräftet worden und können es auch nicht werden.

Auch für die Beschränkung der Haftung der Miterben ist es im übrigen gleichgültig, ob der Nachlaßkonkurs vor oder nach der Teilung eröffnet wird. Denn durch die Teilung selbst verlieren die Miterben noch nicht die Möglichkeit der Beschränkung ihrer Haftung, soweit dies nicht bereits auf Grund einer schon vorher eingetretenen unbeschränkten Haftung ausgeschlossen ist.

Faßt man mithin alles zusammen, so ergeben sich für den Fall, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses erst nach der Teilung erfolgt, gegenüber dem Regelfall der vorherigen Konkurseröffnung im wesentlichen keine Besonderheiten. Soweit diese im Einzelnen dennoch bestehen, liegt der Grund in der erfolgten Teilung als einem tatsächlichen Zustand, der durch § 216 II KO im Wege der fiktiven Rückwirkung insoweit nicht aus der Welt geschafft wird.

Lebenslauf.

Am 14. Dezember 1902 wurde ich als Sohn des Richard Stasinowsky und seiner Ehefrau Alice zu Cottbus geboren. Daselbst besuchte ich die Oberrealschule und bestand Michaelis 1923 mein Abiturientenexamen. Zunächst widmete ich mich dem Bankfach. Bereits während dieser Zeit belegte ich an der Universität Berlin Vorlesungen über Nationalökonomie, um mich später ganz dem juristischen Studium zuzuwenden. Im Verlaufe meines Studiums war ich als Hörer an den Universitäten Berlin und Halle eingeschrieben. Vor der juristischen Fakultät der Universität Halle legte ich am 16. März 1934 das Rigorosum ab.

Die Anregungen zu meiner Arbeit verdanke ich den Vorlesungen des Herrn Prof. Dr. Gustav Boehmer, dem ich an dieser Stelle für seine wertvollen Anleitungen und Fingerzeige besonders danke.

Günter Stasinowsky.